

医事法における「公／私」の境界線の曖昧さ

…人体の公的管理と自己決定権の狭間で

仲 正 昌 樹

一、はじめに…医学研究における「患者の身体」

近年、日本の医療・生命科学の領域で、大学病院などの先端的医療機関で行なわれている「治療を兼ねた医学研究（臨床研究）」を推進しようとする立場と、自己決定権やプライバシーを中心とする「患者の権利」の保護を図ろうとする立場の間の矛盾が様々なレベルで表面化している。二〇〇三年二月には金沢大学医学部産婦人科で行われた卵巣癌に対する抗癌剤の無断臨床試験をめぐる金沢地裁での訴訟では、原告側の主張を認めて病院を管理する国に損害賠償を命じる判決が出された。⁽¹⁾ 同年八月には、東京慈恵会医科大学附属青戸病院で経験のほとんどない医師たちが——自らの実績作りのため——実施した前立腺がんの摘出の「腹腔鏡手術」で患者が死亡した事件で、当該の医師たちが業務上過失致死の容疑で逮捕された。⁽²⁾ この二つのケースは、一見すると全く性質の異なる「医療過誤」であるようにも思えるが、「大学病院」という組織の二重（もしくは三重）の役割に由来する、「医師—患者」⁽³⁾ 関係の曖昧さが問題を生み出す温床になった点で共通している。二重の役割とは、患者と医師の間の「診療契約」⁽³⁾ に基づいて「治療」を行なうという役割と、教授を長とする「医局講座」を中心に医学研究・教育を進める役割である。⁽⁴⁾

この二つの役割が相互に全く独立に営まれているのであれば、それほど大きな問題はないだろう。しかし現実

には、大学病院の患者を「被験者」(実験台)にして、臨床研究や実験的治療、教育実習などが行なわれている。

そのことについては、必ずしも患者⇨被験者と医師⇨研究者の間で基本的な「合意」が成立しているわけではなく、そのための法整備も遅々として進んでいない。患者の側は、大学病院で高度先進医療に属する「治療」を受けられることを期待しているが、その「高度先進性」の中に研究・教育目的がどのような形で、どの程度組み込まれているかといった問題は通常それほど明確に意識していない。大学病院なので「実験材料」的な扱いを受けられるかもしれないと漠然と思っていたとしても、それによって自分が「最善の治療」を受ける機会が害なわれ、場合によっては、むしろ危害を受けるかもしれないとはなかなか思わない——そうした疑問を抱いていたら、そもそも大学病院で「治療」を受ける気にならないだろう。それに対して、医師⇨研究者の側は必ずしも、目の前の個々の患者に「最善の治療」をすることのみを念頭においているわけではなく、「治療」行為を通して「医学全体の進歩」に貢献することも自分たちの使命だと自己理解している。出来る限り先進的な医療技術を応用することや、各人がそれに習熟することが重要だと考えがちであるため、時として、それが患者に対する——研究・教育者にとって都合の良い——特定の療法の「押し付け」に繋がることがある。青戸病院事件で医師たちが逮捕された直後の記者会見で、落合和彦病院長(当時)は「難易度が高い手術に挑戦するのは大学病院の使命の一つ。今回の手術を(大学内の)倫理委員会に申請していたとしても通る可能性はあった」⁽⁵⁾と発言し、先端技術を身に付けようとした医師たちの「意図」自体は正当化しようとした——金沢大学の訴訟でも付属病院側は同様な趣旨の発言をしている。⁽⁶⁾こうした大学病院の「先進技術」を優先しようとする姿勢について、南淵明宏医師は、「大学病院ならどこでも、普通は行われない、何か画期的な先進医療を行う宿命がある」ともいうのだろうか。その権利、妥当性を誰が認めているのか⁽⁷⁾という根本的な疑問を投げ掛けている。これから見ていくように、そうした大学病院の特権的地位の法的根拠はそれほど明確ではない。

先進的な医療であれば、患者にとって「最善」ではないかと単純に考える向きもあるが、先端であればあるほど、方法・設備の面でもそれを使う医師の習熟という面でも危険性は高くなるうえ、患者の状態によっては適さない場合もある。南淵医師は、「安全性が確立された治療方法を放棄して、安全性も効果も検証されていない新しい治療方法を試みるのが許されるのは、あまたの経験を経た医療人が、従来の方法ではどうしても克服できない問題乗り越えるときだけであると、私は思う⁽⁸⁾」と主張している。「治療」目的と、「研究・教育」目的の間に齟齬が生じる可能性が大きい時には、通常よりも詳細なインフォームド・コンセントが必要になると考えられるが、研究・教育者＝医師の側には、患者が不安を覚えて拒否しないように、「研究・教育」目的についてはなるべく知らせないようにする傾向がある。金沢大学の問題で「臨床試験」の責任者であった産婦人科の井上正樹教授は、臨床試験を兼ねた治療であることを知らせなかった理由として、「患者さんにいたずらな不安を与えないため」などと述べている。⁽⁹⁾ 無論、そうした理由によって「研究・教育」目的について患者に情報を与えないことが正当化されるとすれば、「治療」のために病院を訪れて診療契約を結んだ患者が、大学病院で組織的に行なわれている「研究・教育」活動に、「知らない間に」一方的に協力させられることになる。言い換えれば、医療全体の「進歩」、将来の不特定多数の患者のために、目の前の患者が「余分なリスク」まで負わされることになるわけである。そのような形で、患者を「研究・教育」の被験者にする場合の、医師―患者間のインフォームド・コンセントの取得の仕方、病院内での安全性・倫理性についての審査、関連学会や公的機関による承認といった「手続き」については、現在のところ、薬事法で定める新薬「治験」などのごく限られた領域を除いて、明確な法的規制は存在しない。⁽¹⁰⁾

しかも、大学病院が大規模な臨床研究を行なう場合、単独で実行するのではなく、各「医局」ごとに医師を派遣したり、情報交換したり、最新設備での治療が必要な患者を引き受けるといった密接な繋がりを持っている「関

連病院」⁽¹¹⁾との間で研究グループを組織することが多い。金沢大学の訴訟で問題になった二つの抗癌剤の（高用量での）治療成果を比較する臨床試験も、医学部産婦人科を中心とする北陸の十三の医療機関から構成される北陸GOG（婦人科腫瘍研究グループ）によって実行されており、当該の臨床試験で症例登録された患者は全体で五十数名に及んでいる。⁽¹²⁾患者の側にしてみれば、一般病院との間に一般「診療契約」を結んだ「だけ」であるはずなのに、知らない間に大学病院が主宰している研究プロジェクトの対象症例として登録され、研究材料になっているかもしれないという不合理な事態になる恐れがある。大学病院と「関連病院」の関係は、（医学部内の講座制度と不可分の関係にあるものの、それ自体としては公的に制度化されているわけではない）「医局」⁽¹³⁾を基盤とする人的な繋がりによって慣習的に形成されているにすぎないので、一般の患者にはどこの病院のどの診療科がどこの「医局」の系列に入っているのか正確な情報を得るのは困難である。また、研究プロジェクトごとに実際に参加する関連病院は異なっているし、複数の大学病院の系列グループが合同で実行していることもあるので、どこで実験的治療が行なわれているのか検討がつけにくい。

更に言えば、医学研究の多くは、製薬会社や医療機器メーカーなどの医療関連企業と結びついており、それらの企業からの委託を受けて実行されるものも少なくない。金沢大で問題になった比較臨床試験は、抗癌剤の副作用の一つである白血球減少を治療する薬の製造元である中外製薬から資金援助を受けており、症例登録を受け付ける事務局は当初、中外製薬に置かれていた。慈恵医大青戸病院で問題になった無許可の手術では、慣れている医師たちに内視鏡の使い方を説明するために、開発したメーカーの担当者が立ち合っている。医師・研究者たちは、多くの場合、薬や機器を開発した企業との間で臨床試験に関連する各種の「契約」を結んでおり、そのため、企業の「利益」に適う形で「研究成果」を出すという「責任」を負っている——場合によっては、研究の客観性よりも企業利益の方が優先される可能性さえある。⁽¹⁴⁾

大学病院などで行なわれる「臨床研究」は、不可避免的に患者の「身体」を素材として利用しているわけであるから、「身体」の「所有者」としての「患者」は、当然「利害」関係者である。その意味では、受託研究をめぐる「契約」に「患者」も参加してしかるべきだと思われるが、少なくとも日本の現行の法制度では、患者はこの「もう一つの契約関係」の当事者とは認められていない。研究を兼ねた「治療」をインフォームド・コンセント抜きで行なったことによって患者の自己決定権が侵害されたことを認める判決は、金沢大学の訴訟や、やはり卵巣癌の抗癌剤の無断臨床試験をめぐる愛知県立がんセンターに対する訴訟などごく少数ながら存在する。しかしこれらの判決で認定されたのは、「診療契約」に基づく「医師―患者」の信頼関係が、研究という「異なる目的」の介在によって損なわれたということであって、「患者の身体」を材料とする受託研究についての「契約」を「所有者」である患者自身の承諾なしに——多くの場合、患者自身に「異なる目的」に起因する各種のリスク（損害が発生する可能性）を十分に知らせることのないまま——結ぶことは是非はこれまで正面から問題にされてこなかった。言い換えると、「医師―患者」間の「インフォームド・コンセント」を通しての治療方針の決定」という文脈における「患者の人格権」としての「自己決定権」は辛うじて法律的に保護されているが、（患者の）「身体」を利用した医学研究の実施と、それに伴う企業との契約関係に、「権利主体」として能動的に関与するという意味での「自己決定権」の必要性は——法律的にも社会通念のレベルでも——認知されていないという奇妙な事態になっているわけである。

一方、「医師＝研究者」の側は、臨床研究あるいは実験的治療の「対象」となる「患者の身体」に対して、①患者との間の「診療契約」に基づいて（侵襲を伴う）治療行為を行う②①と並行して、あるいは①のデータを利用して、医学部・大学病院の組織全体の目的である研究・研究活動に従事する③②の成果の商品化に向けて医療関連企業との間で契約を結ぶ——という三重の関わりを持っている。加えて①②③の実績に基づいて、国や地方

公共団体などから補助金を受け、かつ学者・教育者としての評価を得ていることも考え合わせれば、かなり多重に「患者の身体」と関係していることになる。「高度先進医療」であればあるほど、そうした利害関係の範囲は拡大し、より複雑になっていく。「患者の身体」をめぐる（金銭的利害も含んだ）複合的な関係性の総体について患者自身が全て把握することは現実的に不可能だが、少なくとも、①の方針に直接的に影響を与える可能性があり、かつ、「個人の身体」それ自体あるいは、「個人の身体に関わる情報」が直接的に利用される②と③については、「身体所有者」の権利を認めた方が妥当であるように思われる。

他人の「もの」を無断で使用して利益を得るのは、「不当利得」（民法七〇三条）に相当するはずだが、どういうわけか「患者の身体」の「無断利用」によって得られた医師・研究者や企業の利益は、法律的に「不当利得」と見なされてこなかった。これが「不当利得」ではなく、「正当に獲得された利益」であることを法理論的に主張しようとするのであれば、考えられるのは以下の二つの論理のいずれかであろう。一つは、①の「診療」に際しては、「医師」と患者の間には「包括的契約」が結ばれており、その「包括性」の中に「患者の身体を利用した教育・研究」も含意されているという論法だ。その場合、研究・教育の成果や、関連企業との契約によって得られる利益は、「診療報酬」の一部ということになるだろう。あるいは、これに限定を付けて、「少なくとも研究・教育機関でもある大学病院との間で『診療契約』を結ぶ場合には、……」という形の主張になるかもしれない——金沢大学の訴訟の控訴審で国側は、実際この主旨の主張を展開している。もう一つは、人間はもとと一般的なもの「を」「所有」しているのと同じ意味で自らの「身体」を「所有」しているわけではなく、従って、自らの「身体」が「医学の進歩」という「公共的目的」のために利用されることを——生命自体に危害がある場合を除いて——所有者として阻止する権利も、そうした利用に付随して生ずる利益の一部を報酬として得る権利もない、という論法である。リバタリアン（自由至上主義）の文脈での生命倫理ではしばしば、各人には「自己の

身体⁽¹⁶⁾を自由に処分する権利（自己所有権）があるということが主張されるが、裏を返して考えれば、そもそもそうした主張が必要だということ自体が、現状では「身体⁽¹⁶⁾の自己所有権」が法的に認知されていないことを示唆しているとも言える。フランスの法制史家ジャン・ピエール・ボーは、ローマ法の伝統にまで溯って、西欧の法制史においては「肉体」が可能な限り不可視化されてきたため、肉体の「所有権」の問題が宙に浮いていたと指摘している。⁽¹⁷⁾

いずれの正当化の論理を取るにしても、大学病院などの研究・教育目的をも兼ねた医療機関との間に、「患者」という立場で「診療契約」を結んだ人の「身体」は、部分的に本人の処分権を離れることになる。無論、「患者の人権」を否定してしまうかのようなこうした極端な論理を一般化した形で公然と主張する法律家、法学者はほとんどいないだろうが、現在の医療関係の法体系が患者の「身体的な自己所有権」を全面的に保護していない、もしくは、それが侵害されて「不当利得」が発生するのを容認しているのは確かである。研究・教育活動のために、身体に具体的な「損害」があったと「相当因果」関係が認められるような極めて分かりやすい事態が生じない限り、患者の身体が本人に無断で利用することがただちに違法と認められるわけではない。

こうした法律の「隙間」で生じている矛盾は、狭義の「臨床試験」や「実験的治療」に際しての「患者の身体」の直接的な扱いよりも、手術によって切除された身体⁽¹⁶⁾の部位、検査のために採取した皮膚や血液、解剖された遺体、中絶された胎児などを利用する研究においてより顕著になる。再生医療の分野では、中絶された胎児の細胞や、不妊治療後に「余った」受精卵（余剰胚）などを利用して人体組織を再生する研究が進められているが、後で詳しく見るように、胎児や受精卵の「所有権の移転」をめぐる法的問題は曖昧なままになっている。DNA解析技術の進歩に伴って、個人の遺伝子情報の扱いも新しいタイプの問題として浮上している。これらの問題に関しては、仮に患者の「身体的自己所有権」を認めるとしても、それが現実的にどこまで及ぶのか曖昧であるうえ、

生物学者や化学者など医師ではない研究者も「研究」に関与する。こうした境界領域で生じてくる問題に対して、治療方針をめぐるインフォームド・コンセントという文脈で確立された「自己決定権」をそのまま持ち出してみても、有効ではないだろう。多くの場合、当該患者自身に対する「診療契約」に基づく狭義の「治療」は既に完了しているからである。

こうした意味で、「患者の身体は誰のものか？」という一見自明の問いを、法哲学的に掘り下げて再考することが不可欠になっている。「個人のものか共同体のものか？」という単純二項対立的な構図では、「身体」をめぐる複雑な関係性が捨象されてしまう。以下では、こうした「身体的所有」をめぐる問題を「医事法」と呼ばれている法体系の基本構造に即して考えていくことにする。

二、医療における「自己決定権」が語られる文脈

二・一 自己決定権の二つの位相

「患者の権利擁護」の文脈でしばしば援用される「自己決定権」という概念は、日常的には、〃自分のことは何でも自分で決められる権利〃というかなり漠然とした意味でマジック・ワード的に使われる傾向があるが、法理論的に問題にされる場合は通常、「私事に関わる」という限定が付けられる。「私的領域での自己の生き方を決定する権利」と言い換えることができよう。伝統的な「公／私」の二分法に即して言えば、自己の権利行使と他者の権利行使の間で衝突が生じる可能性が高く、それゆえ公権力が「法」に基づいて介入し、各権利主体の「自由」をある程度まで制約したうえで「公正としての正義」の実現を図ることが正当と見なされるのが「公的領域」であるのに対し、他者の権利との相互干渉の可能性が低く、それゆえ「公権力」の介入は可能な限り避けるべきとされるのが、（家もしくは親密圏を中心に形成される）「私的領域」である。⁽¹⁸⁾

憲法学においては、こうした意味での「自己決定権」は、憲法十三条の「幸福追求権」から導き出されるものとして扱われる——「自己決定権」を憲法によって直接的に保障されている基本的人権として認めることに對して否定的な見解もある。⁽¹⁹⁾戸波江二教授の分類によれば、具体的には、①避妊・中絶など、こどもを生むか生まないかに関わる事項（リプロダクションの権利）②延命拒否、尊厳死、臓器移植など、生命の処分に関わる事項③髪形・服装、登山・水泳、喫煙・飲酒など、個人のライフ・スタイルや趣味・スポーツに関する事項——などについて、各人に自由な決定を保障するものとして想定されている。⁽²⁰⁾この整理の仕方は、憲法学にとって「自己決定権」が何を意味しているかの確に表しているように思われる。つまり公権力が、刑法、母体保護法、健康増進法、学校教育法などの法律や、各地方ごとの条例によって、各人が「自己の生き方」を自由に選択することを直接的・間接的に制約していることを前提にしたうえで、そうした公法的な制約に對抗して、個人があくまでも自分らしい生き方を追求できる権利を、「自己決定権」として位置付けているわけである。従って、その意味での「自己決定権」を擁護し、実現していくということは、他者に対して損害を与える可能性が高い「例外的」な場合を除いて、「法」による「規制」を可能な限り緩和し、自己の処分については「原則自由」にすることを含意している——リプロダクションの場合、「自己」のみの問題と言えるかどうか倫理的判断が難しくなるわけであるが。⁽²²⁾言い換えれば、ジョン・スチュアート・ミルが『自由論』（一八五九）で定式化した「他者危害原則」⁽²³⁾をガイドラインとする「私事に関する自由」の徹底化である。

こうした憲法学上の「自己決定権」は、①と②に関して、医療現場や医事法で「自己決定権」と呼ばれているものと大きく重なっている。ただし医療における「自己決定権」はそれが全てではない。医療訴訟において、インフォームド・コンセントもしくは医師の「説明義務」との関連で問題になる「自己決定権」というのは、必ずしも公権力の法令を通しての「規制」に對抗するという文脈でのみ持ち出されるわけではない。むしろ、医師と

患者という「私人間」の「契約」関係における問題であることの方が多い。患者は、医師の側から提供される「情報（インフォメーション）」に基づいて、治療方針について「合意（コンセント）」するはずである。しかし、基礎となる「情報」が不十分であれば、患者の「本意」とは異なる、実質の伴わない形式的な「合意」になってしまう可能性がある。医師の側が説明義務を怠ったために「情報」が不十分になったと思われる場合、患者は「自己決定権」が侵害されたとして、医師に対して損害賠償請求訴訟を起こす。相手が国公立の病院の医師である場合には、病院を管理している国や地方公共団体も訴訟当事者になり得るが、基本的に民法上の「不法行為」訴訟である。

では、「公権力」との対抗関係で主張される「自己決定権」（以下、便宜的に自己決定権Aと呼ぶことにする）と、「医師—患者」の契約関係で主張される「自己決定権」（以下、便宜的に自己決定権Bと呼ぶことにする）とはどのように繋がっているのだろうか。「インフォームド・コンセント」が充実しない主要原因を医師の側の「パターンリズム（父権的干渉主義）」に求め、それを公権力による個人の生に対するパターンリスティックな介入とのアナロジーで理解すれば、二つの自己決定権の繋がりは比較的簡単に「説明」できる。パターンリストイックに人々の「自由」を制限した封建的な身分制度が解体して、自律した諸「個人」が析出され、権利主体としての個人の契約による連合体である「市民社会」が形成されてきた、という「近代化—法化」論の歴史的文脈で考えれば、国家機構や医師のパターンリスミ的な体質は、封建制の残滓ということになる。⁽²⁴⁾ 個人の自由な選択をなかなか認めようとしないう「公権力」、もしくは、医師に代表される「社会的権力」⁽²⁵⁾に對抗して、「自律した主体」を守る役割を期待されているという意味では、二つの自己決定権は繋がっていると見ることができよう。マルクス主義的な視点から、公権力と社会的権力を結ぶ媒介項として「資本」を持ち込めば、「対抗軸」は更にはつきりするかもしれない。筆者としては、そうした分かりやすい括り方によって全体像が見えやすくなる点は

一応評価したいが、「パターナリスティックな権力」との対抗関係という面での同質性を強調しすぎると、自己決定権Bが直面している問題の輪郭がぼやけてしまうのではないかと考えている。

どうということかと言えば、尊厳死やリプロダクションに関して問題になる自己決定権Aの方は、先に述べたように、法的な「規制」を縮小していけば、それと反比例的に実現されていくと一般的に考えられるが、自己決定権Bについては、必ずしも法規制の縮小に伴って実現されていくとは限らず、場合によっては、逆効果になる恐れもあるからである。例えば、国が医師と患者の「契約」の在り方を規制している医師法、薬事法などの諸々の法令を簡略化していき、インフォームド・コンセントの取得方式までも含めて、全て「自由契約」に委ねてしまつたら、患者が自分でよく理解しないまま、いつの間にか治療（あるいは人体実験の参加）に「合意」したことになるっていた、という事態が現在よりも更に増加するのは明らかだろう。これは、労働法、借地借家法、消費者契約法等によって契約当事者の内の「社会的に立場の弱い方」が保護されているのと同じ理屈である。自由化して市場原理に委せれば、「社会的権力関係」と「情報」の面で不利な立場にある人は、ますます不利になる。特に医療の場合、「合意」を実質的なものにするのに必要な「情報」があまりにも多岐にわたるので、公的なガイドラインを決めておかないと、何と何についての情報を得たら、「自己決定」のための準備ができたことになるのか患者本人にも検討が付かなくなる。医学的な専門知識を機械的に羅列されるだけでは、専門知識のない患者として自分の置かれている現状が把握できず、「この状況の中で自分はどうしたいのか？」ということ自体が曖昧になる。そうなると、真に「自己決定権」を実現するにはどうすればいいのかという以前に、「自己決定」とはそもそもどうすることなのか？」が分からなくなってくる。⁽²⁶⁾

では、自己決定権Bを充実させるには、医師が可能な限り多くの「情報」を——患者に理解しやすい形で——提供するように法的に義務付ければいいのかというと、そう一義的に言い切るわけにもいかない。先に述べた「研

究・教育」などの診療とは異なる「他事目的」に関連する「情報」は全面的に公開することが、自己決定権Bの視点から見て望ましいことは間違いないが、余計な「情報」まで与えすぎると、患者が特定の方向に誘導されるという事態も起こってくる。佐藤孝道医師は、出生前診断の問題に関して、妊婦が医師からダウン症や遺伝病についての統計情報を見せられたり、最新の検査技術によってその確率がかなり高い精度で分かれるとの「説明」を受けることによって、必要以上に不安に駆られ、検査→堕胎という方向へと誘導されてしまう傾向があることを指摘している。検査を実行する企業にとっても医師にとっても、検査を行なってくれる妊婦が多いほど利益が大きくなるので、*「インフォームド・コンセント」*という形を整えながら、そちらの方に誘導したくなる。⁽²⁷⁾そうした誘導を防ぐには、「情報」の「出し惜しみ」も「出しすぎ」もなく、*「インフォームド・コンセント」*を中心とした「医師―患者」間のコミュニケーションが適正に行なわれる「環境」を整えていくことが必要になるだろう。つまり、医師の――様々な利害関係を反映した――「主観」のみに基づく恣意的な方式での「情報提供」ではなく、公共的に認知され得る「手続き」に即した「情報に基づく合意」になるように、公権力も法制度という面から関与すべきだということになる。

まとめると、自己決定権Aを拡大するためには、公権力の「法」――主に公法――を通しての介入を縮小する必要がある一方で、自己決定権Bの拡大のためにはその逆に、当事者の交渉能力に大きな差がある「医師―患者」の私的な契約関係に、公権力が「法」の整備を通して――市民的公共圏に対して可能な限り開かれた形で――むしろ積極的に介入すべき、ということになりそうである。このように定式化すると、医師のパターンリズムを国家のパターンリズムに置き換えようとしているだけではないかとの批判を受けそうだが、筆者の基本的見解では、我々が知っている近代的な医療制度の基本構造が存続する限り、国家の――パターンリスティックに見えてしまう――介入は不可避である。

二・二 医師—患者の診療契約と国民の身体管理

医師と患者の関係は、市民法的な見方をすれば、「診療契約」に基づいて成立する関係であり、両者は法的に対等であるべきということになるが、この「契約」は、民法で扱われている一般的な「契約」とはかなり性質を異にする。既に述べたように、医師の側が「情報」をほぼ独占しており、社会的に権威を持っているので、実質的に対等ではないこともそうであるが、それ「以前」の問題として、「契約」の基礎となる法的枠組みが、医師法、薬事法を始めとする「医事法」の体系を通して公権力によって細かくコントロールされており、「自由に契約する」余地が実はあまり残されていないということがある。「契約の自由」を守るために、国家が民法を中心とする「市場でのルール」を整備するというのは、近代市民社会が常に抱えてきた「矛盾」であり、そのこと自体はここで特に拘って論じる必要はなからう。しかし医療については、近代国家が基本政策として医師の養成、病院の整備、医学研究の進歩などを——パターンリスティックに——推進し、国家として認知していない「医療活動」を排除・禁止しながら、全体の制度を作り上げコントロールしてきたという経緯がある。既に「取り引き」が行なわれているところで、そこで通用しているルールを事後的に精密化して再構成する形で、「契約」をめぐる法体系が整備されるのが通常のパターンだと思われるが、医療に関しては明らかに、「取り引き」する相手、場所、対象、手順、支払い方式が、最初から厳格に法令によって「指定」されている。しかも、伝染病にかかった場合や、自分や他人を傷付ける恐れのある精神疾患の場合など、本人が医療機関との「取り引き」を望まなくとも、強制的に「治療」を受けさせられることもある。

後でまた述べるように、近代化のプロセスの一環として、各国民国家が、自らの「国民」臣民 subject に対して、（個人だけのものではなく、国のものでもある）「身体」を健全に育成・管理するよう義務付け、その義務を着実に履行させるために「医療制度」を整えてきた、という歴史的背景がある。特に軍隊における兵士の身体

の管理と医療は密接な関係にある。そのように国家と個人の関係を規定しているという意味で、「医事法」には「公法的な性格」があったわけである。周知のように、第二次世界大戦以降、特にアメリカでの「消費者運動」としての「患者の権利運動」が急速に拡大した七〇年代以降は、国家による「国民の身体」の（強制的な）「管理」という側面は後景に退き、ごく例外的な場合を除いて、医師と患者の間の契約関係に基づいて「治療」が行なわれるのが基本になった。しかしながら、医師の側のパターンリズム的な体質のことは別にしても、国家が公法・社会政策的に整備してきた医療制度を前提にしているので、患者の側から見た「入り口」の部分では「対等な契約」であっても、その後の——間接的・直接的に公権力によって規制を受けることになる——治療過程では、むしろ「患者の身体」が管理されるという面が出てくるのは不可避な面がある。

高度先進医療機関で「患者の身体」が研究・教育目的のために、本人の同意なく「利用」されるのは、その最たる例だろう。現在では、個別の「臨床試験」を実施するか否かは、国家の政策として決定されるのではなく、大学病院の教授と、製薬会社などの医療関連企業との間の「契約」によって決められているわけだが、「臨床研究」を行なうことを前提としている「医学部」や「大学病院」という組織の設置を認可しているのは国家である。また、研究成果を商品化するに際して「承認」を与えるのも国である。青戸病院事件で話題になった「腹腔鏡手術」は、厚生労働省によって「高度先進医療」に指定されており、それを行なうことができるのは、「特定承認保険医療機関」として承認されている一部の病院だけである。⁽²⁸⁾ また、そうした研究・教育を推進するために、大学病院は補助金を受け取っている。

そのようにして、国は大学病院などで、臨床研究が行なわれることを国家の政策として支えているわけであるが、その実施に当たって、医療機関と患者の間で一般診療契約とは別個に「臨床研究参加についての契約」が正式に結ばれているかということについては、危険性が極めて高い新薬・新療法の場合を除いては、ほとんど関与

していない——新薬治験の場合でも、臨床試験であるゆえの危険性と治療上の利益について説明することが義務付けられているだけで、企業と医療機関の間の利害関係について患者が承知していることが前提条件になっているわけではない。特権化された地位を与えられている大学病院などでの医学研究を国策的プロジェクトとして推進すれば、「患者の身体」が更に必要になるのは不可避である。その点を考慮に入れれば、患者の「自主的参加」まで視野に入れた包括的医療研究政策が取られてしかるべきだと思われるが、（少なくとも日本では）国が法的に管理する姿勢を見せているのは、臨床研究・医薬品開発を実行するに際して企業と医療機関が遵守すべき手続きだけである。そこに、もともと臨床研究に「参加」するつもりのない一般の患者をどういう手続きで組み込むかは、個々の医師、医療機関の判断に「任されている」。そのため、無断で臨床試験が行われたとしても、もっぱら個別の医療機関の説明義務違反のレベルで捉えられることになり、そうした臨床試験の在り方を「法」によって制御しているはずの国の責任や、研究成果によって利害を得た企業の責任まで問題になることはない。

こういう視点から臨床的な医学研究・教育の倫理性をめぐる問題を考えると、自己決定権Bも、表面的には見えにくいところで、「国家と個人」という自己決定権Aが直面すべき課題とも関わっていることが分かってくる。医療研究が、「個人の生き方の選択」に優先する「国家全体の目的」のために、全面的に国家管理のもとで行われていた時代には、「患者の身体」はいわば「国のもの」と見なされていたので、「自己決定権Aをめぐる問題系」と「自己決定権Bをめぐる問題系」の間の境界線はなかった——無論、そのような時代には「自己決定権」という概念自体が確立していなかったわけであるが。単純化して言えば、もともと国によって公法的に管理されていた「国民の身体」が、特定の病気になった——と見なされた——場合、より厳重で管理体制のもとに移され、国民全体の健康増進のために利用されるようになる「だけ」のことであった。医療の領域における「民主化」が進んで、国家は「患者の身体」の直接的な管理から次第に撤退して、可能な限り、「医師—患者」間の「自由な契

約」に「患者の身体」の扱いを委ねる体制へと移行したわけであるが、結果的に、臨床的医学研究のように、通常の「診療契約」ではカバーし切れない領域における責任体制は宙に浮いてしまうことになった。

ある程度確立された療法があれば、患者は敢えてリスクの高い新しい療法を受けようとは思わないし、自分自身にとつても明らかに利益がない限り、自らの身体を「商品開発」とか「業績作り」のために利用して欲しいとはなかなか思わない。しかも、かなりの症例数を集めないと、科学的根拠に基づいた医学研究とは言えない。確立された療法／実験的療法の区別がそれほどはつきりしていなかった時代に、国家権力がかなり強引に——自己決定権Aをほとんど無視する形で——進めてきた「医学研究」を、医学がかなり進歩し、患者もある程度の医療知識を持つようになった時代において、「自由契約」に委ねてしまうことにはどうしても無理がある。「研究への参加」に対する患者の同意がなかなか取れないのであれば、医学の全体的な進歩は止まっても仕方がない、と割り切つて考えるのであれば、問題は「解決」する。あるいは、国が治療の方法を法的にコントロールすることを止めて、全面的に市場の原理を導入してしまう、という考え方もある。そうすると、貧乏人を被験者として金持ちのための薬が開発される傾向が生じてくると考えられるが、それでもいいのであれば、矛盾は解消される。恐らく、どちらの考え方もほとんど社会的に支持され得ないであろう。大多数の人は、医療が全面的に市場化されることも、医学の進歩が停止することも望んでいない。ニーズは依然としてあるわけであるが、それを責任をもつて計画的に実行し得る——法的な権限を持つ——主体が不在であるため、権利関係を曖昧にしたまま、「患者の身体」を利用した——患者自身が必ずしも関知しているわけではない——「医学研究」が続いているのである。

こうした国家が「身体」管理から後退した後の法—権利関係の「空白」という問題は、医学研究にのみに見られるわけではなく、医療における自己決定権B全般を分かりにくくする構造的要因にもなっている。つまり、国家がこれまで担っていた責任を、自由契約に委ねた形になっている領域においては、少なくとも形式的には自己

決定権Aが確立され、「自己決定」の焦点は、医師—患者の契約関係において問題になる自己決定権Bにシフトしたはずであるが、従来国家主導で行なわれてきた医療実践の中に、どうしても個別の契約関係の枠だけではカバーし切れず、誰が責任をもって管理しているのか分からない空白部分が発生したため、あたかも自己決定権全般が国家によって制約されていたかつての体制が医療制度の中で継続しているかのように見える奇妙な状態が生まれているわけである。例えば、患者個人の診療記録であるカルテなどに記載された「情報」は、患者自身が多くの場合自由にアクセスできないのに対し、医師の側はそれを自らの裁量に従って記録、管理し、場合によっては研究・教育目的に利用したりしている。⁽²⁹⁾ 通常の消費者契約であれば、企業が契約の履行過程で顧客のプライバシーに関する情報を本人には認識できないような形で入手して独占的に管理し、それに顧客自身がアクセスできないというのは、ほとんど考えられない事態だが、医療ではそれが当たり前になっている。最もプライベートな情報を、本人に開示しないまま公的な性格を持った——裁判で決定的な証拠になることが多い——記録として管理するというのは、医師と患者が「対等な契約関係」を結んでいるのだとすれば、矛盾しているように思われる——カルテが単なるメモなら話しは別であるが、誰もそう考えない。かつて国家が担っていた包括的でパターンリズム的な「国民の身体管理」の役割の「一部」を、個々の医師や病院が——明確に法的権限を与えられることなく、何となく——慣習的に「引き継いでいる」ため、そこに法的な空白が生じているにもかかわらず、問題の所在が見えにくくなっているのである。

近代的な自由主義を大前提とする法理論であれば、厳密にどのように定義するかは別にして、人間の「身体」が原則的に本人の「もの」であるということに関しては異論はないだろう。その前提があるからこそ、自己決定権（A+B）をめぐる法的言説が妥当性を有するわけであるが、この権利を「医療」という特殊な関係性の中で本当に実現し得るのかというのは全く別の次元の話である。重篤な症状で入院をしている患者であれば、当然の

ことながら、心身ともに弱い立場にあるため、自分の考えをはっきりと主張しにくいし、もともと入手しにくい医療関係の情報を自力で入手することが余計に困難になっているので、「自分が何をして欲しいのか」さえ自分で判断しにくくなっている。少なくとも自己決定権Bに関しては、自己決定・自己主張すること自体に困難を来している患者が、自らの意志を形成し、主張するのを補助する、あるいは、場合によっては代行する仕組みが必要だと考えられる。⁽³⁰⁾ 繰り返し述べているように、かつては、国家が患者の権利をパターンリスティックに代行・管理する形を取っていた。国家の管理体制が弛んで契約という要素が前面的に出てきた新しい医療においては、本来なら個々の「患者の権利」がより尊重されるようになるはずであるにもかかわらず、それを補助・代行するための——労働者の権利保護のための労働法、消費者の権利保護のための消費者契約法に相当する——法的装置が十分に整えられていないため、ようやく法理論的に認知されるようになってきた自己決定権Bが「単なる理念」に留まる傾向が生じている。特に大学病院や関連企業が国家の役割を「引き継いで」いる「医学研究」の領域では、自分で自分の状況を把握するのが困難になっている「患者の身体」を無断で利用する研究が行なわれても、それに具体的に歯止めをかける法的な仕組みが欠如したままになっている。⁽³¹⁾

このように、「患者」という立場に置かれた個人が通常よりも自己決定・自己主張しにくい状態にあること、そして一部の医療機関は個々の患者の治療を越えた（国家政策的な）役割を事実上担っていることを念頭においておかないと、患者自身が、どこで自己決定権Bを行使すべきかはつきりと意識しないまま、いつのまにか「自己決定した」ものと——医師の側から——見做されて、高度先進医療に「自主的に」参加しているという現代医療に特有の矛盾は見えにくくなる。医療研究の材料になることや、自らの身体や遺伝に関する情報を「管理してもらう」ことについて積極的に「自己決定」していなくても、（個別の診療とは別の目的も有している）医療機関に「体を預けている」こと自体が、そうした「自己決定」を含意していると医師——あるいは、医師を通して

医療政策を実行している国——の側から見做されてしまうことがある。

二・三 公権力による自己決定権の「制度化」

「自己決定権」概念そのものに対して一貫して批判的な立場を取っている生命倫理学の小松美彦教授は、ナチスの優生政策が、「自己決定権」を建て前としていたことを引き合いに出しながら、権力に悪用される危険を指摘している。ナチスは、遺伝性の障害を持つ人々を「安楽死」させるプロジェクトを進めたが、それを正当化するために準備された安楽死法案の第一条では、「不治の病に犯された者は、自ら死を選ぶ権利を有すること」、第二条では、自己決定権を行使することのできない重度の知的障害者や精神障害者に関しては、行政体や医師が、本人に代わって、「死の権利」を「代行」できることが謳われていた。⁽³²⁾ 日本での、九七年の「臓器移植法」の制定に至るまでの脳死・臓器移植問題をめぐる論議でも、脳死を認めるのも認めないのも、臓器移植を可とするもしないのも患者や臓器提供者の「自己決定」に基づくことが強調されたわけであるが、小松教授に言わせれば、こうした文脈で引き合いに出される「自己決定権」は、ナチスのそのように、政策を遂行するために利用される恐れがある。⁽³⁴⁾ そもそも「自己決定」できるかどうかさえ定かでない状態にある人の「意思」を、（公権力を事実上「代行」している）医師が無理に再構成してしまう危険があるからである。同教授は特に、二〇〇四年二月にまとめられた臓器移植法改定案の原型になったとされる町野朔教授の研究報告において、各人の「自己決定」の方向性が予め本質的に規定されているかのような記述があることを問題視している。⁽³⁵⁾

我々が、およそ人間は、見も知らない他人に対しても善意を示す資質を持っている存在であることを前提にするなら、次のようにいうことになる。——たとえ死後に臓器を提供する意思を現実に表示していなくても、我々はそのように行動する本性を有している存在である。もちろん、反対の意思を表示することによって、自

分は自分の身体をそのようなものとは考えないとしていたときには、その意思是尊重されなければならない。しかしそのような反対の意見が表示されていない以上、臓器を摘出することは本人の自己決定に沿うものである。いいかえるならば、我々は、死後の臓器提供へと自己決定している存在なのである。⁽³⁶⁾

この定式はあくまでも町野教授によるものであつて、厚生労働省の公式見解でも、臓器移植を実施している医療機関の医師たちの意見を代表しているわけでもないが、「臓器提供に同意しない」という明確な意思表示をして「いいい」ことを、「臓器提供に基本的に同意している」こととして読み替えてしまふ法解釈上の操作も可能ではないことを、端的に示していると言えよう。これを一般化すると、ある特定の状態に置かれている患者がある医療的な処置を受けることに「同意しない」という明確な意思表示をしない限り、その患者は基本的にその処置に同意していると「解することができ」と予め法的に決めておくことも可能だということである。高度先進医療を行っている大学病院に入院している患者は、臨床研究への不参加の意思を表明していない限り、臨床研究に参加することに基本的に同意していると解するような「自己決定論」も可能であるわけである——現状はそうなっており、金沢大学の訴訟で国・病院側は、限定的な形ではあるが、そうした趣旨の主張を展開している。医療機関が、そうした患者の潜在的自己決定に依拠した処置を行うことが法的にも正当化されれば、それは、特定の高度先進医療を保護し、推進していこうとする国の政策にとって極めて有利になる。小松教授は、そのように恣意的に操作されやすい「自己決定権」概念を使うことに反対しているが、筆者としてはむしろ、そのような恣意的解釈を許容しないためにも、「自己決定」に至るまでの「適正なプロセス」を保障される権利という意味も含めた「自己決定権」概念が必要ではないかと考えている。インフォームド・コンセントの一般的な法理からも明らかのように、与えられた「情報」、あるいは、「状況」に対して患者がイエス／ノーのいずれかで反応し

たことをもって、「自己決定」が確認されたと単純に考えることはできないはずである。

三、医事法の非契約的性格

三・一 医療法における「体制」と「患者の尊厳」

基本的には「自立した権利主体」同士の「契約」に基づいており、従って双方の自己決定を反映しているはずの「医師―患者関係」において、「患者の自己決定権」をめぐる問題が生じてしまうという逆説を、実定法としての医事法の理論構成に即して考えてみよう。医療の憲法とも言われている日本の「医療法」の第一条では、「法律の目的」が以下のように定式化されている。

この法律は、病院、診療所及び助産所の開設及び管理に関し必要な事項並びにこれら施設の整備を推進するために必要な事項を定めること等により、医療を提供する体制の確保を図り、もつて国民の健康の保持に寄与することを目的とする。

あまりにも当然の努力目標を表現しているだけのようにも見えるが、「体制の確保」を図ることを通して、「国民の健康の保持」に寄与するという点に注目しておこう。つまり、医師と患者の一对一の契約関係に基づいて行われる「医療」の基本的なルールが明示されているだけでなく、「国民」全体の健康保持をカバーできるだけの「体制」を確立するという全体目標も掲げられているわけである。その点で既に、この法律は公法的な性格を有していると言える。第一条の二では、そうした体制のもとで医療が効率的に提供されるべきことが謳われており、第一条の三では、それを受けて「国及び地方公共団体の責務」について以下のように規定されている。

国及び地方公共団体は、前条に規定する理念に基づき、国民に対し良質かつ適切な医療を効率的に提供する体制が確保されるよう努めなければならない。

ここに明示されているように、国及び地方公共団体という公権力が、「国民健康管理」のための体制を効率的に運用する責任主体として想定されている。つまり、前節でも述べたように、「医療」という営みを構成しているのは、直接的に診療契約を結ぶ医師と患者だけでなく、そこに第三のアクター（行為主体）として公権力が間接的に関与しているということである。第三〇条の三では、これを受ける形で、都道府県の責任によって「医療を提供する体制の確保に関する計画（医療計画）」を作成されるべきことが定められ、三一条から三七条にかけては、「公的医療機関」の設置に関する規定が見られる。

第一条の四では、こうした公権力によって支えられた医療制度の下での「医師等の責務」が規定されているが、その中には読み方によつては、医師―患者の直接的な関係の範囲を越えた次元で、パターンリスティックな患者の「身体管理」を正当化していると取れる表現もある。

2 医師、歯科医師、薬剤師、看護婦その他の医療の担い手は、医療を提供するに当たり、適切な説明を行い、医療を受ける者の理解を得るよう努めなければならない。

3 医療提供施設において診療に従事する医師及び歯科医師は、医療提供施設相互間の機能の分担及び業務の連係に資するため、必要に応じ、医療を受ける者を他の医療提供施設に紹介し、その診療に必要な限度において医療を受ける者の診療又は調剤に関する情報を他の医療提供施設において診療又は調剤に従事する医師若し

くは歯科医師又は薬剤師に提供し、及びその他必要な措置を講ずるよう努めなければならない。

4 医療提供施設の開設者及び管理者は、医療技術の普及及び医療の効率的な提供に資するため、当該医療提供施設の建物又は設備を、当該医療提供施設に勤務しない医師、歯科医師、薬剤師、看護婦その他の医療の担い手の診療、研究又は研修のために利用させるよう配慮しなければならない。

四の2の「適切な説明」は、インフォームド・コンセントのことを指していると取れなくもないし、そのように解釈できないこともないが、ここで言われているのはあくまで、患者の「理解を得る」よう「努め」ねばならないということであって、当該の療法について患者が「理解」したうえで、「合意」に基づいて治療方針を決めねばならないということではない。通常の「契約」であれば、両当事者が契約内容を——少なくとも形式的には——「理解」したうえで「合意」しているというのが大前提であるから、「理解するよう努めるだけ」で良いというのは、論理的に不自然である。これは、「医療の担い手」と「医療を受ける者」との関係が、通常の「契約」ではなく、「受ける者」の側の全面的理解は必ずしも期待できないことを暗に認めているようにも取れる。

四の3と4は、それぞれ、患者にとって最善の措置を取ることを目的とした、医療機関の間の「情報伝達」、並びに「研究・教育」の両面における連係を義務付けている。いずれも「体制」を整備するという視点からすれば、当然のことであり、結果的に患者の利益になるように思われる。しかし、どちらも患者の「同意」を前提に行なわなければ、冒頭から問題にしているような無断の臨床研究や、病歴や遺伝子情報等に関するプライバシーの侵害になる可能性がある。3と4を合わせて考えれば、金沢大学のケースの北陸GOGによる抗癌剤の比較臨床試験のように、複数の医療機関が症例として登録した患者の情報を——必ずしも本人の同意なしに——共有する形での教育・研究プロジェクトを行なうことも正当化されるかもしれない。⁽³⁸⁾この意味では、大学病院の「医

局」と、関連病院の繋がりにもそれなりの法的根拠はある。無論、「国民」全体の「健康」の維持・増進にとつては、こうした多施設の協力は不可欠であると考えられるが、2の延長線上で出てくるインフォームド・コンセントの法理との間の明確な整合性がなければ、一条の二で明記されている「個人の尊厳」をかえって侵害することになる。

また、3と4は、現実的に考えれば、個々の患者の治療を越えた「医療体制」全般に関わる問題であるので、一条の三に基づいて公権力がある程度関与しながら、個々の「患者の権利」と衝突しないように調整しなければならぬと思われる。しかし、一条の四で言われている「医師の責務」に対する公権力の関与の仕方は、法律自体には明記されていない。つまり、この法律は、「医療体制の確立」と「患者の権利の擁護」という二つの目的を掲げているものの、両者の間に生じてくる潜在的な矛盾を解決するための基本的な方向性は示していないのである。

三・二 「医事法」の法哲学的モデル化

「医師—患者」の契約にのみ基づいているとはいえない「医療」をめぐる複合的な関係性を、法哲学的にどのようにモデル化すべきだろうか。田中成明教授は、自己決定権と不可分の関係にあるインフォームド・コンセントを「法化」していく際に生じてくる生命倫理的な諸問題の特殊性を以下のように論じている。これを取り敢えずの起点にして考えてみよう。

インフォームド・コンセントの法理を、私的自治や契約自由の原理の一環として、たんなる当事者間合意の尊重という観点だけから捉えるのではなく、むしろ、人権の尊重・保護のために私的自治や契約自由を公的に制約する原理という観点から、法理論的には、基本的人権の私人間効力の問題として位置付けるべきであろう。

インフォームド・コンセントの法理が、自己決定権という人権的基礎をもつことをふまえ、生命・身体への権利に関わる人体の統合性 (bodily integrity) への侵襲に関する同意という側面を重視することによって、医療行為としての法的正当性に関わる医師のプロフェッショナル責任の問題とも不可分の関係にあることを正しく認識することが重要である。⁽³⁹⁾

これを筆者なりに言い換えれば、インフォームド・コンセントの法理を通して保障されるべき「人体の統合性」に関わる「自己決定権」(「自己決定権B」)は、「基本的人権」としての「生命権」(憲法一三条)を保護するための前提的条件にもなっているので、通常の民法上の権利のように「私的自治」の原則に任せてしまうのではなく、公的な性格の規制を設けるべき、ということになるだろう。形式的には私人間で問題になる自己決定権Bを、公権力と個人の間で問題になる自己決定権Aに(再)統合しないまでも、「身体の統合性」という視点から連続的に捉えるということでもある。「人体の統合性」が、権利を行使する「主体」の「人格」の成り立ちと本質的に関わっていると考えれば、⁽⁴⁰⁾「身体の統合性に関わる自己決定権」を、その他の一般的な「もの」の処分をめぐる契約とは違うという意味で——更に言えば、契約の一方の当事者である権利主体の「人格」に関わる「契約」であるという意味で——「特別扱い」することは法理論的に不当ではないだろう。法律解釈の上では、病院と患者の間の法関係にも直接的に適用し得る民法九〇条の「公序良俗」の規定の内に、⁽⁴¹⁾「一三条の『自己決定権』(『自己決定権A』)を読み込みながら、間接的に適用するという形になると考えられる。その場合、「医師のプロフェッショナル責任」というのは、単に、専門的知識と技術を有する者として、素人であるため弱い立場にある患者よりも大きな責任を有するということだけのことでなく、「人体の統合性—権利主体の人格」に関わる特殊な責任であると考えられる。簡単に言えば、「医師—患者」関係は、それ自体としては「私人間の契約」でありなが

ら、法Ⅱ権利の担い手である諸「個人」の生命維持を助けるという極めて公的機能を果たしているのである。

田中教授は、医療における「当事者間合意」に対する法的規制の方式として、①自立型法化方式②管理型法化方式③自治型法化方式——の三つの類型を挙げている。①は、立法によって禁止事項や権利義務を一般的に規定することを指し、母体保護法、臓器移植法、ヒトクローン技術規制法などがこれに相当する。②は、行政機関の指針による規制を指し、「ヒトゲノム・遺伝子解析研究に関する倫理指針」や「特定胚の取り扱いに関する指針」などがこれに相当する。③は、関係学会・機関が自主的に定める指針や、各大学・病院に設置されている倫理委員会などによるインフォーマルな規制方式である。⁽⁴²⁾問題領域ごとに、安定性、柔軟性、目的合理性、当事者の自主性などが考慮に入れられて、この三つの方式のどれかが採用されることになる。この三つを筆者の視点からやや大まかに性格付けすると、権利主体としての「個人」の選択をどこまで——「他者危害原則」の範囲内で——法律的に認めるべきかが焦点になる自己決定権Aに関連する問題系については、全ての「国民」に対して一律に適用されるべき①の方式が取られる傾向があるのに対して、医師からの具体的な情報提供がなければ、そもそも「何について自己決定するのか？」自体がはっきりしない自己決定権Bに関連する問題系については、③が取られやすいと思われる。②は、その中間地帯である。

ではこの三つの方式の内、患者自身が「合意形成」の当事者として主体性を発揮しやすいのは、どれであろうか？従来の「公／私」二元論的な考え方をすれば、「私的自治」の原則に委ねられている部分が大きい③において、自由選択の幅が最も大きくなるように思える。しかし、そこで、「自主的に」に規制するというのは、誰にとって「自主的」なのかという点に留意する必要がある。当然のことながら、プロフェッショナル集団にとって「自主的」ということであって、「医療を受ける者＝患者」はそれに直接的に関与しているわけではない。市場経済原理が強く働いている領域であれば、業界団体等による「自主規制」が不可避免的に消費者のニーズを反映し

たものになることをある程度期待できるが、医療の場合、保険制度によって患者が直接的に負担する治療費の相場が安定していることに加えて、〃治療成果〃を客観的に評価すること自体が難しいので、〃医療市場〃に関する信頼に値する情報はなかなか入手できない。医師自身にとつてさえも、各人が提供できるサービスの質を、その時点での「医療水準」に照らして公正に評価するのは容易ではない。⁽⁴³⁾消費者である患者の側から——単に信頼が持てないとか、誠意がなかった、といった漠然としたものではなく——具体的にポイントを絞った「クレーム」が公共的に提起され広範な議論が起こらない限り、〃同業者〃たちの利益共同体的な性格も持っている学会や医師会、主として同じ大学の医学系の教授等によって構成される倫理委員会が主導する〃自主規制〃には反映されにくい。近年では、日本でも各種の患者団体や医療過誤被害者団体が組織されているが、これらの団体が、医師側の〃自主規制〃に関与するための公式的な対話ルートは開かれていない——何をもって、一般の患者の正当な〃代表〃と見做すがそもそも問題であるが。

田中教授は、生命倫理に関する「社会的コンセンサスの存否や具体的内容」を確認・形成するための方法として、「世論調査」を行ったり、医事訴訟の判決を「社会通念」に依拠したものにすることを挙げている。⁽⁴⁴⁾しかし、自己決定権Bに関わる問題系では、実際に診察を受けて、医師の側からの「情報」提供がない限り、自らの「生活の質（クオリティ・オブ・ライフ）」に関連してどのような具体的な選択肢があり、何について自己決定すべきか予め「想像」しにくいので、⁽⁴⁵⁾社会問題としてクローズアップされているような特定の事例以外は、世論調査などの項目として一般化することはできない。例えば、癌の患者に対して化学療法を施す場合、どの進行段階の患者に、どういう種類の抗癌剤をどのくらい投与すれば、平均してどのくらいの期間の生存が期待でき、その代わりにどの程度の苦痛があり、どの程度行動が制約されるのか、といった思考プロセスはかなり複雑になるので、それをどのように「説明」してほしいのか一義的に確定することには無理がある。従って、判例法の中で「社

会通念」として類型化していくのも困難である。具体的な状況に応じたインフォームド・コンセントのやり方というのは、どうしても「現場」に任せざるを得ない面があるが（Ⅱ③自治型法化方式）、あつさりそれを認めてしまうと、インフォームド・コンセントのかかなりの部分がプロフェSSIONナル集団の自主規制にさえかからず、事実上、医師と患者の間の「純粋な私的自治」へと引き戻されてしまうことになる。

更に言えば、臨床研究を行なう際のインフォームド・コンセントの方式をめぐる問題のように、何とか形式化して「自主規制」の範囲に入れられるような事柄であっても、学会や大学病院の倫理委員会等には、それに違反する医師に有効なサンクションを与える権限も、現場に立ち入って監査する権限も現状ではない。「人体の統合性」に関わるインフォームド・コンセントは、基本的人権としての「自己決定権」を保護するうえで特別な意味を持つという前提に立つのであれば、現場でのインフォームド・コンセントの具体的な実施方式と、それに対応して浮上してくる「生活の質」をめぐる諸問題を、技術的な理由から「私的自治の原則」に委ねたままにしておくのは不合理であるが、現在我々の知っている「自治型法化方式」では、そうならざるを得ない。

現代医療においては、一般的傾向として、国家によるパターンリズムを縮小させて、自己決定権Aの余地を拡大させる必要性が認識されるにつれて、①や②による「規制」が縮小されて、③に依拠する傾向が強まっている、と考えられる。しかし、③の運用主体が主としてプロフェSSIONナル集団であるため、具体的な治療現場では、かえって自己決定権Bのレベルでの制約が生じてきている側面があることは否定できない。形のうえでは「私的自治」に委ねられており、公権力が直接的に関与していないせいで、プロフェSSIONナル集団の有する社会的権力によって自己決定権Bが構造的に侵害される恐れがあることが、かえって見えにくくなっているのである。

憲法レベルで自己決定権Aを最大限に認められたとしても、自分の身体を「人質」に取られているせいで、自己決定権Bが十分に行使できない——あるいは、「情報」の欠如のため行使すべき立場にいることさえ自覚でき

ない——状態になっていけば、結局、自己の「身体の統合性」に対する権利が空洞化してしまう恐れがある。かなり抽象的な言い方になるが、人間の「精神」が「身体」から独立に思考することができないとすれば、「自分の身体」を事実上、他人である医師に代行管理——民法的には、事務管理——してもらっている立場にある患者には、自己決定に至るための特別な「手続」を法的に保証されていない限り、「通常人 reasonable man」としての判断に基づいて、自己決定権を行使するのは困難だ。患者が医師よりも不利な立場にあるのは、単に医師が社会的に権威のあるプロフェッションであることや、医学的情報の差のみに起因するわけではない。病によって心身の自由を制約されている患者は、自己決定権Bを行使できるかどうかさえ定かでないのに対して、（自らの身体の統合性をめぐる自己決定に直面していない）医師の側は、自らに有利になるような形での診療契約を結び、実行することができるという意味で、両者の判断・交渉能力には差があるのである。

私見では、こうした矛盾を解決するには、医療法において「医療体制」全体を維持する責任を負っているときれる公権力が、「自主規制」の部分にも間接的に関与して、②の管理型と③の自治型を繋ぐような新たな法化形式を発展させるしかないだろう。つまり、学会や、大学病院の倫理委員会に一定の法的権限と責任を与えて、現場でのインフォームド・コンセントが適正に行なわれているか監視させると共に、これまでに認識されていないような大きな問題が浮上して一般的なルールを定式化する必要性が生じた場合には、医師のプロフェッショナル集団と、患者代表、公的機関の間での公開の討議の場を持つような仕組みを整備するということだ。別の言い方をすれば、「医療水準」全体の維持・発展に対して法的に責任を持つており、そのために各種の医療政策を既に展開している国が、自らの政策が、その「制度」の「末端」において「医師—患者」関係に及ぼしている影響までも考慮に入れ、「患者」となった個人の「生命権—身体の統合性」保護との整合性を図る必要があると思われる。「公共の福祉」と「個人の人權」の間の整合性を図ることが、現代の福祉国家の大きな課題になっているの

は周知の通りであり、治安、公共事業、環境保護、公衆衛生などの領域では、何とか両側面を両立させるような形で「法化」が試みられている。しかし、国民の「身体」そのものに関わる「医療」の領域に関しては、どういうわけか、「個人」と「制度」の間のバランスを取りながら統合的に「法化」することの必要性自体が認知されてこなかった。

既に言及したように、「医療の進歩」のためには、一部の患者のリスクが大きくなることを承知のうえで、「自主的」に臨床的な研究・教育の材料になることが不可欠であるわけだが、その際に、そうしたリスクの高い研究がそもそもどういう理由から必要なのか、どのような条件が満たされたら個人を「被験者」にすることができるといったことを、国民全体の問題として公共的なアリーナで討論すべきだろう。たまたま特定の病気にかかった一部の個人が、将来同じ病気にかかるかもしれない他の国民のために「余分なリスク」を引き受けることは是非が明示的に論じられなければ、医療と法の関わりの全体像が見えてこない。

次節では、「国民の身体の公的管理」という性質を有する近代「医療」制度がどのように形成され、それに公権力が「法」を介してどのように関わっていたのか、少し歴史的に遡って考えてみよう。

四、近代医療の起源と「法」

四・一 臨床医学の誕生

ポストモダンの現代思想に大きな影響を与えているミシェル・フーコー（一九二六―八四）は、初期の著作『臨床医学の誕生…医学的まなざしの考古学』（一九六三）で、フランス革命前後（一八世紀末）に成立した「臨床医学」は、単なる新しい技術の獲得という次元を越えた、人間が集団的に生活する社会空間全体の再編成を意味していた、という広範な議論を展開している。臨床医学を通して「病」が科学的に定義・分類されるようになった

たことは、人間の「身体」を「客体」として分析・観察する「まなざし」が生まれたこと、そして、そうした新しい知識に基づいて、国家が国民の身体に関する情報を収集し、管理するようになったことを含意する。

革命の直前と直後の数年間に、二つの大きな神話が生まれた。その主題と極性は相反している。その一つは国家化された医療に関する神話であって、この医業は聖職者の場合と同じ様式で組織され、聖職者が人々の靈魂に及ぼすのと同じような権力を、健康と肉体のレベルでさづけられている、とされる。もう一つの神話は、病気というものが完全に消滅し、社会はなやみも熱情もうしない、その根源的な健康に復元する、というものである。この二つの主題の明らかな矛盾にまどわされてはならない。これらの夢想的な形象は、いずれもいわば黒と白で、医学的経験の同じ図絵を表現している。この二つの夢は同形のものである。——その一つはポジティブなやり方で、社会の厳密な、戦闘的な医学化を物語っている。その方法は、ほとんど宗教的ともいべき方向転換と、医療の聖職者ともいべき者の配置による。もう一つの夢も同じ医学化を語るが、そのやりかたは勝ちほこっていると同時にネガティブである。つまり、環境を匡正し、組織し、たえず監視していれば、その中で病気は蒸発してしまい、ついには医学自体がその対象及びその存在理由と共に消え失せてしまうだろう、というのである。⁽⁴⁶⁾

近代以前の西欧世界においては、人間の「靈魂」(精神)を導くための知の体系(＝神学)を担っていた聖職者たちが、教会の権威を背景として社会全体の秩序を維持するうえで指導的役割を果たしていた。それに対して近代市民社会においては、人間の「身体」についての臨床的な知の専門家である医師たちが、世俗化された国家権力を背景に、秩序維持の役割を果たすようになった。「医学化」とは、「身体」を管理するための実践的な知の

体系として新に登場してきた「臨床医学」が、社会全体の秩序を維持する中心的なテクノロジーとして位置付けられるようになったということである。中世の大学を構成していた三つの専門の一つとしての「医学」は、神学に従属していたうえ、古典文献の解釈に終始していた。神学から自立して、国家の「国民」管理政策と直接的に結びつくようになった「医学」は、「病」の所在を身体の各部位に即して特定しその因果関係を遡って行きながら「分類」するだけにとどまらず、最終的には「病」を我々の生きている社会空間から根絶することを目指すようになった。その場合の「病」とは、「外部」から「社会空間—身体空間」に侵入してきて、秩序を乱す悪としてイメージされた。医師は、世界を病Ⅱ悪から解放する使命を担ったわけである。臨床医学は、「病」から人々の身体を守るうえで不可欠の知の体系として自己の必要性を印象付けると同時に、病を撲滅することを通して、最終的には自己自身を不要にしてしまうことを目標にした。まとめて言うくと、身体を完全にコントロールして、秩序破壊要因である「病」が入り込む余地をなくすることが臨床医学の目標として設定されたわけである。医学的意識は、当初からそうした意味での政治性を帯びていたわけである。生命倫理学の森岡正博教授は、医療による完全な身体管理を最終目標として目指してきた近代文明の在り方を、「無痛文明」と呼んでいる。⁽⁴⁷⁾

フーコーは更に、臨床医学を統治の技法として取り入れるようになった近代国家、特にフランスの革命政府が、それまで主として修道院などの教会組織が貧困者の救済のために運営していた「施療院 *hopital*」などの医療施設の「国有化」を試みるようになったことを重大な変化として指摘している。「貧困」と「病氣」が不可分の関係にあると見ていた革命政府の論理によれば、寄付金によって「不動産」として建設された施療院は、その存在自体が、貧困の原因である大土地所有制度の「不動性」を象徴していた。そうした「施療院Ⅱ病院」を皆の「共有財産」として取りまとめたうえで、それらを管理するための中央行政機関を創設しようというのである。そのようにして、医療制度は、市民革命以降の国家の中心的な課題である経済・社会問題の解決と不可分の形でリン

クすることになった。⁽⁴⁸⁾ 英国においても、フランスとは違った仕方であるが、一八世紀になって、貧困層の救済という視点から、多くの「病院 hospital」が国によって運営されるようになり、「医療—公衆衛生」を通じた社会空間の再編が進んだ。⁽⁴⁹⁾

教会に代わって国家が、国民の健康管理に責任を持ち、制度化するようになったこと自体は、「公共の福祉」という視点から見て肯定的に評価してよいだろう。しかしながら、それと平行して、実践的な知としての「医学」が体系化され、「医師免許」取得のための大学での養成課程の構成が法令によって厳格に規定されるようになる⁽⁵⁰⁾と、本稿の冒頭から問題にしているような、医学の教育・研究と治療実践の間にシステムの齟齬が生まれてきた。一八世紀になって各種の病院内に設置された「臨床医学」の講座では、病気の人間（＝患者）の身体を全体的に捉えるというより、その講座での臨床講義のテーマとしている疾病の症例を大量に集め、分析することに主眼が置かれた。症例になるのは、ほとんどの場合「病院」を治療目的で訪れる——その大半が貧困層に属する——患者であるわけだから、臨床講座と患者の思惑はズレてくる。

この臨床医学講座と病院とのつながりは特殊なものである。両者の間には、ある選択の原理が選択上の制約としてはたらくから、前者は後者の直接的表現であるというわけではない。（・・・）えりわけることによって、臨床講義は、病気の発現様式を、その本質そのものにおいて変えてしまおうし、また病気と病人との関係を変えてしまおう。病院では、何らかの病気を、無差別に負っている個人たちが対象となる。病院医の役割は病人の中に病気を発見することである。病気のこの内在性ゆえに、病気はしばしば病人の中にもぐりこんでいて、まるで暗号文のような工合に、彼の中にかくれている。ところが臨床講義の際には、逆に病気が対象であって、それをになう人間のほうは、無差別なのである。そこに現前するのは病気そのものであって、その病気は病人の

体内にあるのではなく、病氣自体の体内にあり、その体とは、病氣の真実に属するものなのである。「教科書として役立つのは、もろもろの疾患なのである」。病人とはただ、この教科書を読むさいの媒介物にすぎず、しかも時には複雑で混乱した媒介物にすぎない。病院においては病人は自分の病氣の主体である。つまり、病院で問題にされるのは症例 *case* である。ところが、臨床講義で問題なのは、ただ例 *example* だけなのであって、病人は自分の病氣の偶発因子にすぎず、その病氣が一時的にとらえた客体にすぎない。⁽⁵¹⁾

現代の癌治療などの高度医療では、研究者でもある医師が「病氣」だけは「治療」したけれど、肝心の「人間」を殺してしまうということがよく言われているが、フーコーの分析では、人間の「身体」を扱う研究材料とする「臨床医学」はその誕生の瞬間から、この問題を抱えていたわけである。病氣を純粹に科学的に「分析」するには、身体全体を治療した「症例」のデータを事後的に集計するだけでは不十分であり、予め患者の身体の特定の部位に見られる特定の症状に注目し、それにのみ焦点を当てた「治療」を試みて、その結果を客観的に評価する必要がある。⁽⁵²⁾ いわば、患者の身体を機械のような「もの」と見做し、それを構成する各部品を点検し、機能不全の原因を突き止めようとする「まなざし」が求められるわけである。様々に複雑な要素を含んだ「身体」をトータルに見る必要はないし、そうした努力は、病氣の解明の妨げになるかもしれない。当然のことながら、身体に現われた特定の症状を分析してもらうのではなく、「身体」全体の状態を治してもらいたいと思っている一般の患者にとっては、自分の身体を材料とするそうした研究・教育活動は余分なことであり、場合によっては、むしろ有害である。

「臨床医学」が社会を管理するための実践知として国家によって公的に承認され、その在り方が厳密に規定されるようになるということは、その分だけ患者の身体を材料にした病理学的研究が必要になることを含意してい

る。国家が法政策的に臨床医学を推進することは、間接的に、患者を被験者とする研究の場を増やすことを意味するわけである。医学の進歩のためには、一部の患者にリスクを背負わせるのは仕方ないという政策を露骨に掲げれば、国民の支持を得られなくなるはずだが、フーコーは近代初期の「病院」がもともと、貧困者救済のための「施療院」という性格を持っていたため、矛盾が見えにくくなっていたことを指摘している。貧困層に属する患者は、他に治療を受けられるところがないので、たとえ臨床医学講座での研究材料にされるかもしれないとしても、公的に運営される「施療院」を訪れる以外の選択がなかったわけである——施療院の財産の国有化を規定していた法律の施行はじきに停止され、代わって、市町村の行政庁が施療院の運営に責任を持つことになった。⁽⁵³⁾ そのため、施療院と臨床教育の間で密かな契約が取り交わされることになった。金持ちが拠出する費用によって運営される「施療院」で、貧乏人が研究材料にされることと引き替えに治療を受け、金持ちがそれによって得られた医学知識の恩恵を得る構造が形成されたという意味で、金持ちと貧乏人の間の契約だとも言える。⁽⁵⁴⁾

臨床教育という概念がひきおこした、最も重要な道德的問題は次のものであった。すなわち、貧乏のために施療院に助けを求めるはかなかった患者を、いかなる権利によって臨床的観察の対象に化しうるか、という点である。その助けが患者のために考えられたものである限りにおいて、患者は、自己の求めた助けの主体であった。しかし今や彼は、あるまなざしのために要求される。そのまなざしにとって、彼は客体である。しかも相対的な客体にすぎない。というのは、彼において解読されるものは、他人をよりよく知るための手段とされるからである。その上、さらに、臨床医学講義は、観察することによって探求する。したがって、そこに新しいものに余地が与えられるわけであるが、その余地が危険がいりこむ隙を与える。(・・・)施療院の領域はあいまいなものである。理論的にいえばそれは自由なもので、医師を患者に結びつけるきずなの、非契約的性

質によって、実験に伴う無関心さを招きうるものではあるが、一般に人間を普遍的な困窮に結びつける契約——それはひそかなるものではあるが、切実な契約である——のゆえに、この領域には、たくさんの義務や道德的制約が存在するのである。施療院において、医師が一切の遠慮を捨てて、理論的実験をするようなことがないとするれば、それは施療院に一步足をふみ入ると共に、彼が或る決定的な精神的経験をやるからなのである。この経験が、義務という閉ざされた体系を通して、医師が一切の制約もなしに実践することを、制限するのである。⁽⁵⁵⁾

ここでフーコーが的確に要約しているように、「施療院」と「臨床医学」の間の「契約」は、近代「医療」における「個々の患者の権利」と「医療全体の維持・発展」の間の矛盾の原点を形成していると言える。ただここで留意する必要があるのは、この「契約」というのは、金持ちと貧困者の間の「社会契約」として公共的な形で締結されたものではないということである。国家や地方公共団体などの公権力が両者の間に入って、利害調整を模索した結果として、「臨床講座」を備えた「施療院Ⅱ病院」という仕組みができあがり、その仕組みを費用の面から見れば、契約的な性質が認められるという「だけ」のことである。したがって、費用面での「契約当事者」たち——特に、貧困者——にとってみれば、具体的な医療の現場で、「研究・教育」と「治療」の折り合いがどのように付けられているかはほとんどブラックス・ボックスであり、「実践主体」である医師に任せるしかない、という「契約」としてはかなり不自然な状態が生じたわけである。

しかも、施療院を訪れる貧困な患者たちは、治療の費用を自分で負担するわけではなく、医師も診療報酬を患者から受け取るわけではないので、お互いに契約関係にあるという実感を持ちにくい。患者の身体を素材にして「臨床研究」を行っているという面から見れば、医師と患者の間にも契約的な関係があると見なすこともできる

が、そのような関係が見えてくるのはあくまでも「治療の結果においてであって、当面の治療費という面では、互いの利害を交換する契約関係ではないので」、「医師—患者」関係はどうしても、かつてのキリスト教会における「司祭—一般信徒」関係のように、非契約的で一方的な慈善行為の様相を呈することになる。神の代理人である司祭が、神の子羊である信徒たちを一方的に導いていたように、公権力を代理する医師が、羊のように従順で受け身の立場にある患者たちを導き、「病なき社会」へと導くというイメージである。これが、近代医療における「パターナリズム」の起源である。フーコーは、臨床医学における「医師—患者」に端的に現れる「司牧者権力」こそが、人々の身体を統合的に管理する、近代的な統治の基本原理になっていると主張している。⁽⁵⁶⁾

一九世紀後半以降、社会福祉の一環として保険診療が発達したことによって、「診療契約」という形式が整えられ、医療費負担をめぐる金持ち／貧困者の間のトレード・オフ関係はそれほどはっきりしたものではなくなつたが、公権力が「臨床医学」の在り方を「法」によって規定し、その枠組みの中での「医師」の養成と「医学研究」の進歩を図りながら、「制度」全体を維持していくという基本構造はそのままだった。むしろ、「施療院」のように、貧乏人が研究材料にされるのと引き替えに、無料で「治療」を受けられるという構図がはっきりしていた「慈善施設」が少なくなり、医師と患者が一応「対等」な立場で個別に診療契約を結ぶのが当たり前と見做されるようになったため、多くの「病院」が依然として——公権力の定めた枠組みの中で——「研究・教育」という「治療」とは別の目的も追求していることが、外から見て分かりにくくなった。一部の「患者」が、純粹の「患者」ではなく、医学研究の素材にもなっていることが、公共圏の光から隠されてしまったわけである。⁽⁵⁷⁾

四・二 「国民の身体」

フーコーの議論に従えば、非正常性としての「病」を社会空間から完全に追放することを使命とする近代の臨床医学は、「正常／異常」の境界線を明確に引いて、「正常＝規範性 *normalité*」に当てはまらないものを社会か

ら排除させるように仕向け、人々の「身体」を——外部からだけでなく内面からも——管理しようとする近代的「統治」の技法の不可欠な構成要因である。⁽⁵⁸⁾ 実際、多くの近代国家は、国策として医学による国民の健康管理をかなり強制的に推し進めている。

国家による強制的な「医療化」は、しばしば軍国主義的政策と相互補完的な関係にある。周知のように、軍医を養成し、兵士の「身体」を管理することは軍隊を近代化するうえで不可欠な条件であった。軍隊の中での「身体」管理は、当然、兵士を生み出す母体となる「社会空間」全体の「医療化→正常化」を前提とする。そうした意味で、国民の健康に総合的に配慮する「福祉国家」は、「軍事大国」と二律背反な関係にあるわけではなく、むしろ相互補完的な関係にあると見ることもできる。日本で「厚生省」が設立されると共に、「国民健康保険法」が公布され、国民全体の健康管理が政策目標として明示的に掲げられるようになったのは、「国家総動員法」が公布されたのと同じ一九三八年のことである。⁽⁵⁹⁾ 四二年に公布された「国民医療法」——現在の「医療法」の前身——では、医師・歯科医師の開業が許可制になると共に、医療従事者を二年に限って厚相の指定する業務に従事させることができると規定された。個々の医師は、政府の出資する財団法人「日本医療団」の管理下に置かれ、医療に対する国家統制が強まった。日本医療団は、各地域ごとに総合病院、診療所などを開設・運営すると共に、無医村を解消することが主な役割であった。医療料金も統制の対象になり、事実上の公定価格になった。

このように、国民総動員体制下での「人的資源」の確保のための「健康増進」という「プラス」の方向での「医療の法化」と並行して、「不健康・非正常なもの」を民族共同体から排除するという「マイナス」の方向での「医療の法化」も進行した。一九三一年には既に「癩予防法」が公布され、ハンセン病患者の隔離が国の基本方針となっていたが、四〇年になると厚生省は、各都道府県に対して、二九年頃から徐々に広がっていた「無らい県運動」を徹底するよう通知し、療養所への強制収容を促進した。それまで公立だった療養所は、国立に移管された。

また一九四一年には、ナチス・ドイツの「遺伝病子孫予防法」をモデルにして、精神障害者など「遺伝的悪質」を持つていとされる人々に対する強制断種を可能にする「国民優生法」が公布されている。⁽⁶⁰⁾「民族」の健康増進のために設立された厚生省は当初、民族の「身体」にとつての「負の要因」を除去して、民族を浄化する役割も担っていたわけである。⁽⁶¹⁾

戦時においては、医療も国民総動員体制の内に組み込まれるので、その一翼を担うようになるのは、ある意味で当然のことでもあるように思われるが、日本近現代史の藤野豊教授は、一九一六年に内務省に設置された保健衛生調査会が既に「ユーゼニック（優生学）」を検討項目に入れていたことや、一九年に成立した「精神病院法」と「結核予防法」をめぐる国会を中心とした論議において、政府側が「民族衛生」という観点を前面に出していたことなど、「医療」に関する法政策がかなり早い時期から総動員体制的な意味合いを帯びていたことを示唆している。⁽⁶²⁾国家の方針として「医療化」を進めることは、国民の「身体」を全体的に公的に管理し、必要とあれば、「人的資源」として国家目的のために直接的に動員できる体制を整えることを含意していたと見ることもできる。そうした総動員体制的な意味合いをもった国家の強力な後押しによって、日本の「医療体制」が整備されたわけである。国家総動員体制と不可分に結び付いた「医療の法化」によって、国民は健康に生きる権利を認められたというより、身体を国有化され、「健康に生きるように義務付けられた」と見ることができる。⁽⁶³⁾

第二次大戦後は、国家総動員体制は解除され、公権力が直接的に国民の「身体」を国有資源として扱うことを正当化する法理はなくなった。しかし、戦後の医療政策の中心となった厚生省（現、厚生労働省）がもともと、「民族衛生」思想の所産であったことは紛れもない事実である。国民健康保険も「医療法」に基づいて——公権力の責任で——整備される「医療体制」も、そうした流れの中で生まれてきた法制度である。無論、制度の原点に、全体主義的な意図があったからといって、その制度が恒久的に全体主義的性質を帯びているなどと頭から決

め付けることには、あまり学問的な意味はないだろう。ただ、これまで述べてきたように、国家による軍国主義的な強制によって構築された医療制度から、国家権力による「健康への強制」というニュアンスを取り除き、自己決定権Aを拡大する方向で手直しすることによって形成された現在の「医療制度」には、依然として「国民全体の健康維持」と、「個々の患者の権利」の間での利益調整を図るための基本的なコンセプトが欠けている。国民の身体を「全体的」に管理することに重点を置いて構築された司牧権力的なシステムをベースとしているだけに、個々の患者が自らの優先する「生活の質」に応じて自己決定権Bを行使するのには適していない部分が多く残されている。特に、患者を直接の被験者とする「臨床研究」の「法化」という面では、全面的に行き詰まりを見せている。国民全員が「自発的に協力」してくれることを暗黙の前提として設計されたシステムであるだけに、協力をするかしないかが個人の自己決定権Bに任されてしまうとすれば、うまく行かなくなるのである。

更に言えば、「民族浄化」のために負の要因を除去することを目的とした法律も、部分的に残存した。周知のように、一九五三年には「癩予防法」を改定した「らい予防法」が制定されて、強制隔離が継続することになった。ハンセン病に対する有効な治療法が発見された後も隔離は続けられ、隔離の法的根拠であった「予防法」が廃止されたのは、九六年のことである。⁽⁶⁴⁾ また、四八年に制定された「優生保護法」では、「優生」に関する規定が強化され、(国民優生法では対象になつていなかった)ハンセン病患者も優生保護のための中絶・不妊手術の対象に入れられた。この法律は主として、人工妊娠中絶を法的に「正当化」するための法的論拠として利用されてきたわけであるが、法律の条文の中で中絶理由として「優生条項」が公然と掲げられている状態は、九六年に「母体保護法」へと改定されるまで続いたわけである。⁽⁶⁵⁾ 「優生保護法」は、人工妊娠中絶という面では女性の自己決定権Aを拡大するうえで有効に機能した反面、特定の人々に「生まれてくることが望ましくない生」というレッテルを貼って、「人間の共同体の一員として生きる権利」それ自体を間接的に抑圧する役割も果たしていた

のである。⁽⁶⁶⁾こうしたことは、戦後の民主化によって「民族衛生―民族浄化」という全体主義的な契機が、医事法の体系から全面的に除去されたわけではないことを象徴していると言える。

五、医療機関による身体の実理と自己決定権

現在の日本の医療制度において、「身体」が必ずしも全面的に患者自身の「もの」として扱われているわけではないことが際立つてくるのは、遺体もしくは、中絶された胎児や、受精卵が研究目的のために利用されるケースであろう。死者あるいは「出生以前の存在」に「人格」を認めるかどうかについては様々な考え方があるが、たとえ人格のない「もの」であったとしても、それをたまたま管理する立場にあるだけの医療機関の「もの」になるわけではない。「もの」であるとするれば、遺族や両親（になるはずだった人々）の「もの」と考えるのが自然だろう。しかし様々なケースで、そうした存在が、いつのまにか教育・研究目的を兼ね備えた大学病院などの「所有物」として扱われており、それが法的にも正当化されている。裏を返せば、医療制度の中に入った「身体」に関しては、市民社会における通常の所有・契約関係が成り立たない、ということである。

五・一 遺体の所有権

まず、遺体の利用をめぐる問題を見ていこう。自治医科大学の附属病院に入院中に死亡した患者の死体解剖に遺族が同意したところ、剖検中に椎体骨と胸骨を無断で採取され、標本として保存されたとして遺族が病院を訴えていた訴訟で、東京地裁は原告側の主張を却けている。⁽⁶⁷⁾この裁判の主な争点は、①遺族は内臓及び脳の解剖には同意したが、その同意の中に、椎体骨と胸骨の採取が含まれていると解することができるか②病院側がプレパライトの一枚を破損ないし紛失して、返還しなかったのは違法か——ということにあった。医事法における公／私の境界線の曖昧さを問題にする本稿の関心から見て興味深いのは、「遺体」の「所有」をめぐる遺族対病院

という私人間で争われたこの訴訟で、公法である「死体解剖保存法」が参照され、裁判所がこの法律の「解釈」に基づいて判断していることである。この法律の一七条と一八条では、以下のように規定されている。

第一七条 医学に関する大学又は医療法（昭和二十三年法律第二百号）の規定による地域医療支援病院若しくは特定機能病院の長は、医学の教育又は研究のため特に必要があるときは、遺族の承諾を得て、死体の全部又は一部を標本として保存することができる。

2 遺族の所在が不明のとき、及び第十五条但書に該当するときは、前項の承諾を得ることを要しない。

第一八条 第二条の規定により死体の解剖をすることができる者は、医学の教育又は研究のため特に必要があるときは、解剖をした後その死体（第十二条の規定により市町村長から交付を受けた死体を除く。）の一部を標本として保存することができる。但し、その遺族から引渡の要求があつたときは、この限りではない。

一七条二項で言われている「第一五条但書」というのは、「その死体が特に得がたいものである場合において、医学の教育又は研究のためその保存を必要とするときは、この限りではない」ことである。裁判所は、一八条に該当する場合は、遺族の引渡要求がある場合には、標本とした保存することができないが、一七条の場合は、引渡要求があつても、「返還する義務はない」と解釈している。そのうえで、以下のように判示している。

かかる公法である死体解剖保存法一七条の解釈を前提にして、遺族と大学との間の私法上の関係を考えると、遺族において剖検及び死体保存について承諾することは、解剖に付され採取された死体の臓器等の所有権について、遺族は大学に対して譲渡するという贈与契約を締結したものと解するのが相当である。（・・・）被告

大学と原告との間の契約は、贈与契約と解されるが、当裁判所の判断としては、（・・・）原告の骨の損壊及び採取についての明確な拒否にもかかわらず、違法に骨及び骨髄を採取したとは認めることができず、原告と被告大学との間の贈与契約を取り消すことができるほどの信頼関係が破壊された事情は認められないから、パラフィンブロックやプレパラートを返還しなかったことをもって、債務不履行であり、同不履行に基づき損害賠償請求権が発生すると解することもできない。⁽⁶⁸⁾

死体解剖保存法をこのように解釈すれば、遺族が「死体の解剖と保存について承諾」することは、「死体」の所有権に関する「贈与契約」を結ぶことを含意している、ということになる。言い換えれば、大学病院が「死体」を研究・目的のために利用することを容認し、「死体」の管理を病院側に委ねれば、「死体」の「所有権」を全面的に譲渡してしまったと見なされるわけである。これは、契約関係の解釈として、かなり不自然である。「医学及び歯学の教育のための献体に関する法律」に基づいて「献体」⁽⁶⁹⁾するのであれば、贈与契約を結んだと考えることもできるが、遺族が解剖を認めたからといって、全面的に「死体」を譲渡することに基本的に「同意」したとは考えにくい。死体の解剖と一部保存を認めることと、「贈与契約」を結ぶのは全く別次元のことであり、この裁判で原告側は、あくまでも「使用賃貸借契約又はこれに類似する契約」であると主張している。純粋な私人間での契約関係であれば、所有者が「贈与」するということ意思表示をしておらず、もう一方の当事者もその意思を確認していないことが明らかであるにもかかわらず、「贈与契約」を締結したことになっているという状況は想像しにくい。が、「死体解剖保存法」という公法が私人間の関係に介入しているために、こうした齟齬が生じているのである。

民法上の一般的な考え方として、「死体」は、一応（相続人である）遺族の「もの」ということになっている

が、それが「所有権」であるかということに関しては、意見が分かれている。死体の所有権を否定する反対説の論拠は、相続権や所有権を持ち出して、死体を他の「財物」と同列に扱うべきではない、というものである。「死体」は財産権の対象というよりは、礼拝、供養の対象であるから、そうした行事の主宰者となるべき遺族が特別の管理権としての「埋葬権」や「遺骨管理権」を有すると認めるだけで、事足りるというわけである。⁽⁷⁰⁾ こうした考え方は、死者と遺族の間の人格的な「関係性」に着目すれば、それなりに説得力がある。しかし、「埋葬」の儀礼のための「管理権」のみが遺族に帰属するというのであれば、裏を返せば、遺族が特に埋葬の儀礼を行なうつもりがないのであれば、「死体」は誰のものでもない、という宙吊り状態になってしまう。だとしたら、たまたまその場に居合わせた第三者が、所有者・管理者不在の状態でこの世界に突如として現われてきた「死体」というものを無断で利用し、利益を得ても違法ではないことになる。遺族が埋葬の儀礼を行なうつもりがあるので管理権を主張できるとしても、第三者が「死体」の利用によって既に利益を得た後で遺族に返却すれば、法的問題はないと解釈することもできる。所有権肯定説は、「人格」を喪失した「遺体」は法律上の「物」であり、所有権の対象となると考えることで、こうした矛盾を解消しようとする。⁽⁷¹⁾ 所有権肯定説を取る河原格教授は、東京地裁判決を批判して、遺族に所有権があることを前提にしたうえで、死体の解剖・保存は贈与契約ではなく、返還を前提とした使用賃貸（または寄託）契約に基づくと解すべきである、と主張している。⁽⁷²⁾

死体の「所有権」や「賃貸」をめぐる法律論議は、一見、抽象的で空疎であるようにも思える。しかし、「所有権」を中心とした権利関係を確定していない限り、たまたま解剖を担当しただけの大学病院が、「死体」の処分権を事実上獲得してしまうことになりかねない。極端な言い方をすれば、診療契約を結んだ大学病院で死ねば、「死体解剖保存法」を根拠にして、本人や遺族の意思と関係なく、大学病院の「もの」にされてしまう可能性があるのである。このことは、「医療」に委ねられた「患者の身体」が、もはや全面的に本人の「もの」では

ないことを間接的に含意しているとも言える。患者の生前であっても、その「身体」を研究・教育目的のために無断で利用したり、受託研究の材料にして利益を上げることが十分に可能であり、その延長線上で「死体」利用が行なわれている、と考えることができるからである。

五・二 「余剰胚」の利用

二〇〇三年五月に京都大学の再生医科学研究所が「作成」し始めたヒトES細胞 (Embryonic Stem Cell: 胚性幹細胞) は、移植用臓器の形成の研究に大きく貢献するものと期待されている反面、⁽⁷³⁾ ヒトの生命に対する人為的操作であるため倫理性が問題にされている。全く同じ遺伝子を持った人間をクローンとして機械的に「複製」するというイメージがあるヒト・クローン胚の研究の場合と比べて、再生目的に限定されたES細胞は、今のところ社会的抵抗がそれほど大きくないように見える。ヒト・クローン胚に関しては、二〇〇一年に施行された「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律」によって、人または動物の胎内に移植することが禁止されたが、ES細胞に関しては、文部科学省が同じ年に総合科学技術会議の答申を受けて策定した「ヒトES細胞の樹立及び使用に関する指針」⁽⁷⁴⁾のもとで、研究を進めていく方向性が打ち出されている。⁽⁷⁵⁾ ただし、ES細胞を樹立するには、受精後五、七日の初期胚を壊して、胎児になる部分を取り出す必要がある。胚の人格を認めるべきだとする倫理的立場からすれば、これは「殺人」だということになる。殺人ではないとしても、本来なら、人間へと発達するはずの「もの」を、もはや完全に人間になることがない「別のもの」に変換してしまうわけだから、見方によつては、クローン人間を作る以上に非倫理的とも言える。

そうしたES細胞という存在それ自体の倫理性もさることながら、本稿の文脈に即してここで問題にしたいのは、もともとヒト胚であった「もの」の「所有権」は——そもそも有るとすれば——どうなってしまうのか、という点である。胚自体に「人格」を認めるのであれば、胚の「体」は胚自身のものであり、両親たりとも勝手に

処分したりする権利はなく、所有権など論外である、ということにならざるを得ないが、「妊娠中絶の権利」とのアナロジーで両親の処分権を一応認めるとすれば、「壊された胚」は両親のものであると考えるのが普通だろう。先の「死体」の場合に準じて考えれば、両者は、「壊された胚」に対する処分権、あるいは、少なくとも埋葬のために管理する権利を持っているということになるだろう。それを研究のために利用しようとするのであれば、（必ずしも医師ではない）研究者は、両親から譲渡してもらう必要がある。「指針」では、提供者である両親に対して、研究目的で利用することについて「適切なインフォームド・コンセントを取得すること」が条件になっているので、その手続が適正に遂行されるとすれば、両親と研究機関の間で贈与契約が締結されたと見做すことができる。⁽⁷⁶⁾「死体」の場合と違って、既にES細胞という「別のもの」に変わって利用され続けるので、使用賃貸契約とは考えにくいし、原則的に両親に対価が支払われることはないので、売買契約でもない——対価を支払えば、「子供」を売ったことになってしまう。

このように、研究機関の側から両親に対して、「説明」がなされるという点に焦点を当てれば、胚は合法的に譲渡されていると見ることができそうだが、「胚」が壊されるという決定が為されるまでの「プロセス」全体を視野に入れると、純粹な贈与契約とは言い切れない面がある。国際的な基準として、ES細胞の「材料」になる胚は、「最初から研究目的のために提供されたもの（「研究胚」）ではなく、「不妊治療において不要になったもの（「余剰胚」）を利用すべきことになっており、「指針」の六条でもこのことが規定されている。⁽⁷⁷⁾「研究胚」を認めれば、人間の生命の原点であるはずの受精卵が、科学技術発展のために「道具化」され、延いては、「商品化」されてしまう恐れがあるからである。⁽⁷⁸⁾では、「余剰胚」であれば、両親が「自発的に」無償で提供してくれることになるので、「研究胚」よりも倫理的に好ましいのかというと、そういう単純な話にはならない。別の問題が出てくる。「自発的に」提供したいと動機付けられる両親がそもそもいるのか、という問題である。

あまりにも当然のことであるが、不妊治療を受けている夫婦であれば、自分たちの精子と卵子から体外受精で生み出された「胚」を、研究目的のために提供したいと思っているわけではなく、自分たちの子供として出産したいと願っているはずである——最初から提供する意図があったとすれば、「研究胚」と同じことになってしまい、「余剰胚」の定義と矛盾する。本来の目的である不妊治療が成功し、いくつかの胚が余ってしまった状態になるのが「余剰胚」である。不妊治療では、通常、十個から十数個の胚が生み出されるが、子宮に戻されるのは三個程度であり、残り〃は当面凍結して保存されることになる。妊娠・出産が成功して、夫婦がこれ以上子供を出産する必要はないと判断したら、その時点で〃残っている胚〃が「余剰胚」となるわけである。「余剰胚」の扱いに関して一般的に規定した法律はないが、日本産婦人科学会の会告では「廃棄」しなければならないことになっている。しかし、残った胚を「子供」として〃出産するつもりはない〃ことと、〃いらないので捨てる〃のは別のことである。むしろ、それらの〃残りの胚〃の方が子宮に戻されて自分たちの子供になっていた可能性もあるので、できることならそのまま保存しておきたいと思うのが普通だろう。ただ、本人たちがそうに思っていたとしても、病院が無限に保存してくれるわけではないし、保存料も負担しなければならぬ。そのため仕方なく、「廃棄」することに〃同意〃せざるを得なくなる。⁽⁷⁹⁾

そうした「余剰胚」の現状での扱われ方を念頭に置くと、ここで法律的に重要な疑問が出てくる。「余剰胚」からES細胞を作成する研究機関は、両親によって「廃棄された余剰胚」を単に〃拾っている〃だけなのか、それとも正式に「贈与契約」を結んだうえで譲渡されているのか、ということである。たとえ形式的には、研究目的に利用されることについて両親が「説明」を受けたとしても、いずれは「廃棄」せざるを得ない、もしくは保存し続けることが極めて困難な状態に置かれていたとすれば、両親が〃了承〃したとしてもそれは積極的な意味での〃同意〃とは言えないだろう。実質的な〃同意〃であるかどうか疑わしいとすれば、必然的に贈与契約とし

ての妥当性も疑わしくなる。本当にいったん「捨てられた」のであるとすれば、贈与契約が成立していると言うことはできないし、医師や研究者が、それを勝手に拾って利用することが法的に許されるのが問題になる――

「それ」は、少なくとも「拾われた時点」においては、人間になる可能性をもった生命体として機能している。

両親が「同意」する場合の多くは、「どうせ無駄になってしまふのなら、医学の研究の役に立った方が……」というかなり消極的な理由によるものと考えられる。研究機関の側も、そうした理由を持ち出すことによって、「余剰胚」の両親を説得しようとする予想される。生命倫理学の中澤務助教授は、これを「無駄の論理」と呼んでいる。⁽⁸⁰⁾「無駄の論理」は、手術などで切除した身体の一部を、研究利用する際に一般的によく持ち出される論理であり、それなりに説得力があるようにも思える。しかし、「医療行為の結果、余って行き場がなくなったもの」を研究のために利用して欲しい、と元の「所有者」あるいは、その遺族が思うとは限らない。まず、身体の中のどの部位であるかによって、利用されることに対する抵抗感が異なる。髪の毛や血液のようなものであれば、それほど抵抗感がなくても、人格を象徴しているように思われる脳や心臓であれば、抵抗感は大きくなると考えられる。中澤助教授が指摘するように、一概に「無駄なもの」として一括りにして扱うことには無理がある。

また、死体や、既に切除された身体の部位であれば、既に生命活動を停止している、もしくは、そう見做されるのに対し、「余剰胚」はたとえ「人格」を認められないとしても、生命活動を続けており、子宮に戻しさえすれば、人間として生まれてくる条件を備えている。「廃棄」というのは、それを意図的に「殺し」て、人間になる可能性を奪うことを意味する。両親としてはなかなか決断しにくい。そこで、「廃棄」の二重の意味が重みを帯びてくる。単純に文字通りの意味で「廃棄」であれば、生命機能を完全に停止させることになるが、「研究利用」を前提にした「廃棄」であれば、少なくとも生命機能を全面的に停止させるわけではなく、ES細胞という

別の形で「生き続ける」ことになる。後者の見方をすれば、「死者」からの臓器移植のケースに近くなってくるが、そうになると、臓器移植の時と同様に、その「個体」としての生命活動を——その後の研究利用に適合するような形で——人為的な操作によって停止させてもよいのか、ということになる。「残りの胚」を保存費用を負担しながらずっと維持していられるような立場にいる人は別にして、ほとんどの両親は、文字通り「廃棄」するか、「別のもの」として研究所の中で生きさせ続けるかの究極の選択を迫られることになる。こうした二者択一状況を考えると、両親が自発的に同意して「贈与」したと言うことはできない。

無論、不妊治療を受ければ、いずれにしても「廃棄」の問題が出てくるので、医者が患者を贈与せざるを得ない状況に追い込もうとしている、などという形で、医師の側を一方的に責めるわけにはいかない。それでは、生命科学の進歩全体に反対するイデオロギー的な主張になってしまう。「再生医療—ES細胞」をめぐる技術が発展したせいで、もともとはどこかの時点で文字通り「廃棄」せざるを得なかった「もの」に対して、「廃棄」後の「使い道」というもう一つの選択肢が生じたわけである。少なくとも現在日本で不妊治療を受けようとする人にとって、二つの「廃棄」のどちらを選ぶのかという選択肢が生まれているのは、事実である。そうすると、「余剰胚」の研究利用について両親の「同意」を求める場合、どの時点で説明するのが、手続として適正だろうか？理想的には、「不妊治療」を開始する以前に、結果的に「余剰胚」が生じた場合、二つの「廃棄」の仕方が可能性としてあることを説明して、基本的に了解してもらったうえで、実際に生じた時点で、もう一度、正確に説明して最終的意思を確認するのが、「合意」形成という面では適正であるように思われる——「指針」では、どの時点から「インフォームド・コンセント」が必要になるかというところまでは規定されていない。しかし、最初からES細胞のことを示唆すると、純粹に不妊治療「だけ」のための「診療契約」を結んだのではなく、「研究目的」での利用の可能性込みで包括的な契約を結んだということになりかねない。それでは、「研究胚」

禁止の原則と抵触してしまう。

結局、「研究胚」ではなく「余剰胚」であり、「胚」を最初から研究目的で作成することはあり得ない、という論理を貫こうとすれば、研究機関がいかなる法的な正当性をもって両親から「胚」を取得したのか説明するのが困難になってくる。また、両親がもともとの「所有者」⁽⁸¹⁾ だとしても、二人の意見が一致しなかった場合や、離婚した場合、あるいは死亡した場合に、「所有権」をどうやって確定し、処理するのかという問題もある。そうすると、医師や研究機関も「廃棄」について誰と交渉したらいいのか、分からなくなる。法律には胚の所有権についての規定がないし、判例もないので、夫婦の關係に何らかの変化があった場合、「胚」の所有権・使用権が宙に浮いたまま、成り行きで「廃棄」されてしまう可能性もある。

加えて、胚が壊された後に樹立されるES細胞の所有権をめぐる問題もある。再生医科学研究所は現在、樹立したES細胞を他の研究機関に無償提供しているが、同研究所の中辻憲夫所長は、新聞とのインタビューの中で、以下のように述べている。

海外では安価だが、有償での提供で、研究成果に対してもロイヤルティーを求めている、日本は国からの予算次第だが、当面は無償で提供する。人類共通の財産というのが基本方針で、研究成果に対する見返りは一切求めない。ただ、細胞自体の所有権は手放さない。ヒトES細胞の転売や悪用などを防ぐ。⁽⁸²⁾

つまり、たとえば他の研究機関の使用を認めたとしても「所有権」自体は研究所のものである、という見解だ。では、そもそも「所有権」が研究所に帰属するという考え方は、正当なのだろうか。通常の発明であれば、知的所有権がそれを開発した研究者、もしくははその組織に帰属するのは当然であるが、ES細胞は純粋な人工的発明

物ではない。あらゆる組織に発展可能な「万能性」というのは、もともと提供された「胚」に由来するものである。両親と研究所の間で正式な「贈与契約」が結ばれたのであれば、研究所は正当に「所有権」を有するといっているかもしれないが、先に述べたように、贈与契約が適正に成立したと言えるのかかなり曖昧な部分がある。再生研究所から他の研究機関にES細胞が無償提供されたとしても、「ES細胞の所有権」自体は移転しないということであれば、それとのアナロジーで、両親から研究所に胚が無償提供されたとしても、「胚の所有権」自体は両親にとどまると主張することもできるように思われる。研究所は、悪用を防ぐために「所有権」を保持して、管理する「責任」があるという論理を取るとしても、同じことは、両親についても言える。

こうした「所有権」をめぐる錯綜した状況について穿った見方をすれば、公権力と研究機関が、両親をES細胞をめぐる様々の権利関係から排除するために、「研究胚」を作成してはならないという論理を持ち出しているのではないかと取れる。「道具化→商品化」を避けるために、患者Ⅱ両親にとって「胚」を経済的に無価値のものにしようとする配慮が働いていることは理解できるが、両親の所有権は全面的に否定する一方で、ES細胞樹立機関の所有権が自動的に認められるようなシステムを作ってしまうのは、不公正であるように思える。いわば、公権力が、医師と患者Ⅱ両親の間の「私人間契約」に干渉して、前者が優位に立つように誘導しているわけである。この問題を自己決定権という面から考えると、以下のように整理することができる。夫婦が不妊治療を受けるのは、自己決定権Aの行使であると考えられるが、「治療」の結果として生じてくる「余剰胚」の扱いに関しては、費用や設備などの面から制約を受けているため、医師・研究機関との関係において自己決定権Bを十分に発揮することができず、二つの「廃棄」のいずれかを選択することを余儀なくされる。そして、研究目的を前提にした「廃棄」を選んだ場合、行政機関によって作られた「指針」に基づいて（Ⅱ管理型法化）、「胚—ES細胞」に対する一切の権利を否定されることになる。

六、終わりに…「身体」をめぐる新たな公共性

これまで見てきたように、医療における「患者―医師」関係は一見、私人間の契約関係であるように見えながら、様々の公法的な性質を持った規制を通して、公権力による間接的あるいは直接的な介入を受けている。解剖・保存された「死体」や不妊治療における「余剰胚」の所有権をめぐる問題では、医師・研究機関が患者に対して優位に立つことのできる仕組みが、法律や行政の指針によって構築されている。個々の患者の治療の充実と共に、国民の健康維持のための「体制」を整えることをも目的とした「医療法」の二重性に象徴されるように、医療関係の法体系はかなり公法的な性格を含んでおり、他の領域と同じ意味での「私的自治」は成立していない。単に医師という職業のプロフェッショナル性が高いせいで患者との間で情報と社会的権威の面で不平等が生じているというだけでなく、いくつかの局面では、公権力が医師の「社会的権力」を「法」によって保証し、それを通して「医療体制」の維持を図っているように見える。

そうした医師・医科学研究者に有利になる方向での公権力の直接的な介入・規制が最も顕著に見られるのは、医学・生命科学の発展に伴って、それまで本人や家族にとっては人格権的な価値があるとしても他人にとっては無価値であった「もの」、具体的には、身体の部位や受精卵などに、学術的あるいは経済的価値が生じてくるような場合である。医療体制を維持していくためには、治療を受けている「患者の身体」を「研究・教育目的」のためにも利用するのは不可欠である。フーコーが的確に描き出しているように、近代の「臨床医学」が始まった時代以来、個々の患者の身体が「体制」全体の維持のために利用されてきた。しかし、多くの場合、患者自身は自らの身体が、「診療契約」を越えたところでのように具体的に利用されているか、あるいは利用される可能性があるのか関知してこなかった。インフォームド・コンセントの法理がある程度発達したことによって、新薬の臨床試験など危険性の高い臨床研究については、少なくとも、被験者の同意を得るべきことが薬事法などで規定さ

れるようになったが、「通常の療法」の範囲内で、患者の身体——あるいは、身体の一部であった「もの」——を「研究・教育活動」の対象として利用することについては、法的規制はほぼ皆無である。

患者の「身体」あるいは、それに付随する「もの」を無断で「研究・教育」目的に利用した場合、当然、費用はかからないので、少なくともその分だけは経済的利益があると考えられる。企業からの受託研究費を得ているケースや、ES細胞のように知的所有権に繋がるケースであれば、経済的価値はかなり大きくなると考えられる。公権力は、医療法を中心とした各種の法政策によって、医療のための研究・教育活動を支えているが、医療研究機関が「患者の身体」を無断で利用することによって生じている間接的・直接的な「不当利得」については、放置している。むしろ「ヒトES細胞の樹立及び使用に関する指針」に現れているように、研究材料の提供者である「患者」を、研究から生まれてくる利害から予め排除するような方向での立法化を進めているという見方をすることもできる。これは、臓器売買問題に見られるような、人間の身体に由来する物質の「商品化」を回避するための善意のパターナリズムと見ることもできるが、「患者」だけを——経済的利害関係、及び、その後の用途についての情報から——一方的に排除すれば、医師や医療関連企業にとっての「商品価値」を高め、商品化傾向を余計に促進してしまうケースが出てくることも考えられる。

世界医師会は、二〇〇〇年十月に国際的倫理指針「ヘルシンキ宣言」を修正した際に、研究者は資金提供や研究関連組織との関わりについて審査委員会に報告し、そのことを被験者に十分に説明しなければならないという規定を追加している。⁽⁸³⁾厚生労働省の「臨床研究に関する倫理指針」でも同様なことが一応明記されている。⁽⁸⁴⁾しかし、これらはいくまで「指針」であって、無視したからといって、ただちに法的責任を問われるわけではない。二〇〇四年六月に、大阪大学の大学附属病院で遺伝子治療薬の臨床試験をしていた教授らが、その治療薬の製品化を目指す大学発のベンチャー企業の未公開株を保有していたことが報道されて話題になった。この教授らは、

臨床試験の被験者に対して、自分たちが株主という意味でも利害関係者であることを説明していなかったが、厚生労働省はそのことを特に問題視していない。⁽⁸⁵⁾ 厚生労働省は、新薬の開発を促進するために、改正薬事法に基づいた「医師主導の治験」を推進していく方針を打ち出しているが、⁽⁸⁶⁾ それによってかえって、外部の企業が介在する場合よりも、「患者の身体」の商業利用に拍車がかかるかもしれない。

こうした「臨床医学」の法化をめぐる「矛盾」を解消していくには、身体あるいは身体に関連する「もの」の提供者である「患者」あるいは「被験者」が、商業的な部分も含めた「人体の研究・教育目的での利用」に関与できるような、公共的なアリーナを設計するしかない、と筆者は考えている。筆者は、自己所有権に基づく「身体」の市場化を認める議論には必ずしも賛成ではないが、治療以外の目的で「身体」あるいは、それに由来する「もの」や「情報」を利用される立場にある人に対しては、少なくとも、拡大した自己決定権Bとしての「自己」の身体の社会的価値をコントロールする権利」とでもいうべきものを認めて、医師や研究機関、企業によって無断利用されないようにすることが必要であると考える。医師との直接的な関係だけではなく、医療システム全体の中での扱われ方を射程に入れるという意味で、自己決定権Cと呼んでいいかもしれない。そうした権利を認めたいうえで、国民全体の利益に繋がる「医療体制」の維持・発展と、個々の治療場面での「患者」の「身体の統合性」の間で調和を図ることを目指す、拡大インフォームド・コンセント的な枠組みがなければ、医療における「公正としての正義」を追求し続けることはできない。全体の目的と個体の目的の間の完全な一致は恐らく無理だろうが、少なくとも、どのような臨床研究を行ったら、どういう立場にいる人がどういう利益を得て、どういう立場にいる人が不利益を被る可能性があるのかは、自分の身体を「医療」システムに預けることになるかもしれないあらゆる人が知っておくべきだろう。

現在の医事法では、医師との間で直接的に締結した「診療契約」の部分さえ遵守されていれば、患者は自分の

「身体」がそれ以外の目的にも利用される可能性があったとしても、それに対して異議申し立てすることが実質的に不可能な状況になっている。「法」は私人間の契約関係には可能な限り介入すべきではなく、私的自治に任せるべきであるという近代リベラリズムの大原則は、少なくとも、医療の領域では守られていないし、恐らく、今後も純粹に守られることはないだろう。公権力が「医療体制」全体の維持・発展という立場から、「医師―患者」関係にかなり直接的に介入しているという現実を認め、そこから出発しない限り、二つ、あるいは三つのレベルでの「自己決定権」を整合性をもって実現することは不可能だろう。患者が、「自己の身体の商品化」に繋がる関心を持たないよう誘導する一方向的にパターンリスティックな法政策では、身体が本人の知らないところで利用され、「自己決定権」は一層空洞化していく。

注

- (1) 『判例時報』一八四一号、一二三―一二三五頁。訴訟に至った事件の概要については、仲正昌樹・打出喜義・仁木恒夫著『「人体実験」と患者の人格権』（御茶の水書房、二〇〇三年）で紹介した。また、この問題に含意される法理論的な意味については、『「人体実験」とインフォームド・コンセントの法理』（『金沢法学』四六巻一号、七三―一二六頁で詳しく論じた。
- (2) この事件の経緯については例えば以下を参照。http://www.tbs.co.jp/besttime/back_no/sep_2003/9_26/relay_1.htm; http://www.6.big.or.jp/pad/network/index_00.html
- (3) 医師と患者の間の法律関係としての「診療契約」の特性については、以下でコンパクトに要約されている。大谷實『医療行為と法』（新装補正第二版）弘文堂、一九九七年、六二―七二頁。
- (4) 金沢大学医学部訴訟で提出した控訴理由書の中で国側は、「一般に、大学病院は、患者の治療だけでなく臨床医療の研究及び医療関係者の教育をも目的としていることは周知の事実（…）であって、大学病院においては、患者の治療全般に、研究・教育という「他事目的」が存在するといっても過言ではない」（控訴理由書、四―五頁）と主張している。
- (5) この発言については、二〇〇三年九月二十六日付の『読売新聞』『毎日新聞』『日本経済新聞』等を参照。
- (6) 臨床試験の責任者であった井上正樹教授は、一審段階で提出した陳述書の中で以下のように述べている。「医療の進歩は、日

進月歩で常に流動的であり、また、試行錯誤的であります。大学医学部附属病院は、特に、地域医療や全国の医療の指導的立場にあつて、世界から情報を仕入れ、常に最良の治療法を探り実践する立場にあります。大学附属病院に勤務する私達医師は、今まで当然のこととして、行政や学会からの求めに応じてがん患者の登録表を提出したり、新しい治療を過去の治療の成績と比較したり、珍しい症例や治療効果のあつた症例では同意の取りようがないことや、がん告知が完全には行われていないという我が国の現状において、がん患者から同意を取ることが実質的には不可能であることから、これらの登録や発表は、患者の同意を得ることなしに行われてきています。しかし、これらのことは、医学の進歩を考えたとき、大学病院や医療に携わる医師の当然の責務と受け止めております。」(陳述書、一〇頁)

(7) 南淵明宏「論点 大学病院の医療は高度か」『読売新聞』二〇〇三年十月八日付。

(8) 同右。

(9) 井上教授は、筆者との個人的な会話でもこのように発言している。

(10) この点については、前掲拙稿「人体実験」とインフォームド・コンセントの法理」を参照。

(11) 大学病院の各医局が関連病院を支配している図式については、米山公啓『学閥支配の医学』集英社、二〇〇二年を参照。

(12) 国側は、一番で提出した第二準備書面の中で、北陸GOGについて以下のように述べている。「日本における婦人科腫瘍のうち卵巣癌のようにその発症率の少ないものは(日本における卵巣癌の発症率は一〇万人当たり一〇人前後である)、一つの医療施設で取り扱う症例数が少なく、一医療施設において最適な治療方法を個別に検証することは医学的にも医療経済的にも困難な現状にあることから、このような状況の下において多施設共同研究を積極的に推奨して多くの医療施設が共同で統一した治療方針に基づく治療を行い、その治療の問題点や成果の発表・検討を行うことは、個々の医療機関の医療水準の向上や最適な治療法を確立(…)するのに非常に有意義なことである。(…)北陸GOGも右の趣旨から北陸地域の医療機関を対象に設立されたもので、婦人科腫瘍の治療の成績向上のため多施設共同研究を行い、婦人科腫瘍に関する基礎的及び臨床医学の研究成果を発表・討論し、専門知識の増進・普及と技術の交流に貢献することを目的として、婦人科腫瘍に養う基礎及び臨床研究に従事し、右目的に賛同する金沢大学婦人科教室同門の産婦人科医及び研究員を構成員とし平成七年五月に発足した研究会である。」(第二準備書面、七―八頁)なお、国側が証拠(乙第一一号証一、二)として提出した「北陸GOG研究会会則」によれば、この研究会には、国立金沢病院、石川県立中央病院、金沢市立病院、金沢赤十字病院、富山県立中央病院、富山市民病院、福井県立病院、舞鶴共済病院などが参加しており、事務局は金沢大学医学部産婦人科学教室に置かれている。

(13) 「医局」と、医学部の講座の関係については、打出喜義「一極集中型の医局制度でいいのか」『理戦』七七号(二〇〇四年)、

一七〇—一七九頁を参照。

- (14) 医師「研究者と企業の癒着のために、研究成果が企業に有利に解釈されたり、場合によっては捏造されたりする傾向があることについては、様々なところで指摘されているが、例えば以下を参照。水野肇『インフォームド・コンセント…医療現場における説明と同意』中央公論新社、一九九〇年、七三—八一頁、名取春彦『インフォームド・コンセントは患者を救わない』羊泉社、一九九八年、一九七—二二七頁、別府宏國『医者が薬を疑うとき』亜紀書房、二〇〇二年、一七三—一九三頁。

- (15) 『判例時報』一七三三号、七〇—九二頁。

- (16) リバタリアンの自己所有権論については、森村進『自由はどこまで可能か…リバタリアニズム入門』講談社、二〇〇一年、三—七〇頁を参照。

- (17) Jean-Pierre Baud, *L'Affaire de la main volée: Une histoire juridique du corps*, Editions du Seuil, 1993 (野上博義訳『盗まれた手の事件：肉体の法制史』法政大学出版局、二〇〇四年)。

- (18) 無論、こうした伝統的な「公／私」の二分法は、現代ではかなり曖昧になっている。これについては、以下の拙論で概略的に論じた。仲正昌樹「私的共同体と法」仲正編『共同体と正義』御茶の水書房、二〇〇四年、三—二四頁。

- (19) 「幸福追求権」と「自己決定権」の関係については、『公法研究』五八号（一九九六年）の特集「幸福追求権の構造と展開」に含まれる諸論稿、特に、戸波江二「幸福追求権の構造」（二—二七頁）及び竹中勲「自己決定権の意義」（二八—五二頁）を参照。

- (20) こうした見解としては、例えば、松井茂記『日本国憲法「第二版」』有斐閣、二〇〇二年、三二六—三三三、五六六—五七二頁参照。

- (21) 戸波江二「自己決定権の意義と範囲」『法学教室』一五八号（一九九三年）、三六頁。

- (22) この判断の難しさをめぐる論議をコンパクトにまとめたものとして、山根純佳『産む産まないは女の権利か…フェミニズムとリベラリズム』勁草書房、二〇〇四年、及び、山崎喜代子編『生命の倫理…その規範を動かすもの』（九州大学出版会、二〇〇四年）に収められている二つの論稿…高橋文彦「生命倫理における直観と論理」（八一—一二三頁）、伊佐智子「生命倫理と権利概念」（一二五—一二八頁）を参照。

- (23) ミルは『自由論』の第一章で、以下のように述べている。「その原理とは、人類がその成員のいずれか一人の行動の自由に、個人的にせよ集団的にせよ、干渉することが、むしろ正当な根拠をもつとされる唯一の目的は、自己防衛 (self-protection) であるというにある。また、文明社会のどの成員に対してにせよ、彼の意志に反して権力を行使しても正当とされる唯一の目的は、他の成員に及ぶ害の防止にあるというにある。ある行為をなすこと、もしくは差し控えることが、彼のためになるとか、あるいは

はまた、それが他の人の目から見て賢明であり或いは正しいことであるとさえあるとか、という理由で、このような行為をしたり、差し控えたりするように、強制することは、決して正当ではありえない」(John Stuart Mill, On Liberty, Watts & Co., 1932, p.11)「塩尻公明・木村健康訳『自由論』岩波書店、一九七一年、二四頁」)

(24) 例えば、医師の患者に対するパターンナリズムを、前近代的な身分制の残滓という視点から、国家の国民(臣民)に対するパターンリズムと同質のものとして理解する以下のような議論がある。青木茂「医療におけるパターンナリズムへの批判」杉田勇・平山正実編『インフォームド・コンセント…共感から合意へ』北樹出版、一九九四年、一六九—一七九頁。

(25) 「社会的権力」の法理論的な意味については、浅野有紀『法と社会的権力…「私法」の再編成』岩波書店、二〇〇二年参照。

(26) この関係については、以下の拙論で詳しく論じた。「医事訴訟におけるQOLと「自己決定」…金沢大学附属病院無断臨床試験を起点として」『金沢法学』四六巻二号。

(27) 佐藤孝道『出生前診断…いのちの品質管理への警鐘』有斐閣、一九九九年、特に六五—一一九頁参照。

(28) 「高度先進医療」の定義と現状については、以下を参照。<http://www.nhlw.go.jp/topics/0106/p0601-1.html>

(29) カルテ開示の法的意味については、植木哲『医療の法学』有斐閣、一九九八年、一一一—一五五頁参照。遺伝子情報の保護、個人情報研究利用など、近年の医療技術の発展に伴って新たに浮上してきた法的諸問題については、宇津木伸・菅野純夫・米本昌平編『人体の個人情報』日本評論社、二〇〇四年参照。

(30) 医師—患者関係は、現実的には「特別権力」関係であり、これを無視して「自己決定権」のみを理想化してモデル化しようとしても、議論がすれ違ってしまおうという、筆者の問題意識に近い問題指摘として、岡本祐一郎『異議あり！生命・環境倫理学』ナカニシヤ出版、二〇〇二年、特に、一一九—一二二頁参照。

(31) こうした法律の空白を埋めるという趣旨から、光石忠敬弁護士等のグループは、被験者保護のための法律を制定すべきことを主張している。光石忠敬・ぬで島次郎・栗原千絵子「研究対象者保護法試案…生命倫理をめぐる議論の焦点を結ぶ」『法学セミナー』五八五号(二〇〇三年)、五八—六二頁、及び光石忠敬「研究対象者保護立法の意義と展望」…『人体の個人情報』、一八二—二〇五頁。

(32) 小松美彦『自己決定権は幻想である』羊泉社、二〇〇四年、三七—四〇頁参照。

(33) 日本医師会の生命倫理懇談会の「脳死および臓器移植についての最終報告」(一九八八年…町野朔・秋葉悦子編『脳死と臓器移植「第三版」』信山社、一九九九年、所収)でも、この点が強調されている。

(34) 小松美彦、前掲書、一八一—二六頁参照。

- (35) 同右、八七―九三頁参照。より詳細な批判として、小松美彦『脳死・臓器移植の本当の話』PHP選書、二〇〇四年、三二七―三九〇頁参照。
- (36) 町野朔他「臓器移植の法的事項に関する研究(1)——特に『小児臓器移植』に向けての法改正のあり方——」(分担研究報告)『平成二一年度(二〇〇〇年三月)厚生科学研究補助金「免疫・アレルギー等研究事業」(臓器移植部門)研究報告書』、三六―三六二頁。
- (37) この条文の意味するところについては、前田和彦『医事法セミナー(上)』医療・患者編『医療科学社、二〇〇〇年、一七一―二〇頁でコンパクトに解説されている。
- (38) 前掲注(12)を参照。
- (39) 田中成明「生命倫理への法的関与の在り方について」田中成明編『現代法の展望：自己決定の諸相』有斐閣、二〇〇四年、一五二頁。
- (40) ポストモダン系のフェミニズム法哲学者のドウルシラ・コーネルは、精神分析的な視点から、「性的イマゴ」と「身体的統合性」が、権利主体としての「人格」生成と不可分の関係にあるという見解を示している。Cf. Drucilla Cornell, *At the Heart of Freedom: Feminism, Sex & Equality*, Princeton University Press, pp.34-37 [仲正昌樹他訳『自由のハートで』情況出版、二〇〇一年、七三―七九頁]
- (41) この点については、竹中勲「医療におけるパターンリズムと憲法学・倫理学」…加藤尚武・加茂直樹編『生命倫理学を学ぶ人のために』世界思想社、一九九八年、七七―八〇頁参照。
- (42) 田中成明、前掲論文、一五六―一六二頁参照。
- (43) 「医療市場」に関する客観的情報が得にくいことに関しては、様々なところで指摘されているが、代表的なものとして例えば以下を参照。近藤誠『よくない治療、ダメな医者から逃れるヒント』講談社、二〇〇三年、特に一〇二―一二五、二七五―三五〇頁。
- (44) 田中成明、前掲論文、一六五―一六九頁参照。
- (45) 患者にとっての「生活の質」と医師から提供される「情報」との関係については、前掲拙稿「医事訴訟におけるQOLと『自己決定』」、特に九六―一〇三頁参照。
- (46) Michel Foucault: *Naissance de la clinique*, Quadrige/PUF, 1963, p.31-32 (ミッシェル・フーコー／神谷美恵子訳『臨床医学の誕生』)

みすず書房、一九六九年、五五頁)

- (47) 森岡正博『無痛文明論』トランスビュー、二〇〇三年、特に三四一―四四九頁参照。
- (48) Cf. Foucault, op.cit., p.38-43 [邦訳、六五―七一頁]
- (49) 例えは、Edward S. Golub／坂本なほ子訳『医学の限界』新興医学出版社、二〇〇四年、五〇―六三頁参照。
- (50) Cf. Foucault, op.cit., p.44-52 [邦訳、七一―八〇頁]
- (51) Ibid., p.59 [邦訳、八九―九〇頁]
- (52) 症例を事後的に研究するだけではなく、試験項目を定めて患者＝被験者の身体に積極的に働きかける「臨床研究」は、「介入研究」と呼ばれており、より厳密なインフォームド・コンセントが必要とされている。介入研究の定義については、例えば以下を参照：http://www.mhlw.go.jp/shingi/2002/06/s_0607_4g.html
- (53) Cf. Michel Foucault, op.cit., p.82-83 [邦訳、一一九―一二〇頁]
- (54) Cf. Ibid., p.85-86 [邦訳、一二二―一二三頁]
- (55) Ibid., p.84 [邦訳、一二〇―一二二頁]
- (56) フーコーの「司牧者権力」については様々の解説があるが、比較的分かりやすい解説として、中山元『フーコー入門』筑摩書房、二〇〇一年、一六九―一九六頁参照。
- (57) アメリカの国立衛生研究所 (National Institutes of Health = NIH) は、治療費、交通費、宿泊費などを研究所が負担するの引き換えに、「研究目的に限る」という前提条件で、患者を被験者として受け入れている。掛札堅『アメリカのNIHの世界戦略』全世界の研究の方向を左右する頭脳集団の素顔』講談社、二〇〇四年、一二二―一四四頁参照。
- (58) この点についての解説として、酒井隆史・仲正昌樹「フーコーと自由…ミクロ権力分析をめぐって」『月刊 情況』二〇〇二年十月号、一〇〇―一一七頁を参照。
- (59) 日本の軍事大国化と「福祉国家」化の相関関係については、美馬達哉「軍国主義時代」…佐藤純一・黒田浩一郎編『医療神話の社会学』世界思想社、一九九八年、一〇三―一二六頁を参照。
- (60) 優生法及びハンセン病患者隔離をめぐる法政策については、以下を参照。藤野豊『日本ファシズムと医療』岩波書店、一九九三年、同『日本ファシズムと優生思想』かもがわ出版、一九九八年、同『いのち』の近代史』かもがわ出版、二〇〇一年。
- (61) 藤野豊『厚生省の誕生…医療はファシズムをいかに推進したか』かもがわ出版、二〇〇三年、六一―八九頁参照。
- (62) 同右、一八―三五頁参照。

- (63) 同右、五七頁、及び、米本昌平『遺伝管理社会…ナチスと近未来』弘文堂、一九八九年、一三八頁参照。
- (64) 戦後におけるハンセン病の法的位置付けについては、ハンセン病国賠訴訟を支援する会・武村淳編『楽々理解ハンセン病』花伝社、二〇〇一年参照。
- (65) 戦後の「優生保護法」が「国民優生法」から負の遺産として継承してしまった「優生思想」の内実については、以下を参照。
松原洋子「日本——戦後の優生保護法という名の断種法」…米本昌平・松原洋子・ぬで島次郎・市野川容孝『優生学と人間社会』講談社、二〇〇〇年、一六九—二二六頁。
- (66) 「優生保護法」の優生条項が障害者問題などに対して及ぼした社会的影響については、例えば、以下を参照。森岡正博『生命学に何ができるか…脳死・フェミニズム・優生思想』勁草書房、二〇〇一年、二八五—三九七頁参照。
- (67) 判例時報一七九七号、六八—七九頁参照。
- (68) 同右、七七—七八頁。
- (69) 「献体」の「法制化」をめぐる問題については、星野一正『医療の倫理』岩波書店、一九九一年、一三五—一七四頁参照。
- (70) 反対説の代表的な見解としては、唄孝一「『死亡』と『死体』についての覚え書(二)」『ジュリスト』四八五号、一二六頁、及び、町野朔『犯罪各論』有斐閣、一九九六年、一一四頁参照。
- (71) 肯定説の代表的な見解としては、星野茂「遺骨の所有権の帰属」『法律時報』六〇巻一〇号、一一七—一二九頁、及び、橋本昇二「遺骸・遺骨」『判例タイムズ』一一〇〇号、三五〇—三五二頁。
- (72) 河原格「最新判例批評六四」『判例評論』五三五号、一八四—一八七頁参照。
- (73) ES細胞の定義と、その研究の科学的意味については、大拙博善『ES細胞——万能細胞の夢と禁忌』文芸春秋、二〇〇〇年参照。
- (74) http://www.next.go.jp/a_menu/shinkou/seimei/2001/es/010901_a.pdf を参照。
- (75) 人クローン胚と、ES細胞はその目的・用途・作成過程から見て共通する部分が大きく、「規制法」はむしろES細胞研究を容認させるための抜け道ではないかとの指摘もある。福本英子「人クローン規制法は何をしたのか」…御興久美子ほか『人クローン技術は許されるか』緑風出版、二〇〇一年、四五—六二頁。
- (76) 注(74)の「指針」を参照。
- (77) 注(74)の「指針」を参照。なお、この点については、再生医科学研究所のウェブページで公開されている「ヒトES細胞株樹立計画」でも確認されている。<http://www.shigen.nig.ac.jp/escell/human/summary.jsp>; sessionid=F5848039739177 ADECE 49 FD

70 D 3 BC 911.tomcat 4_1 参照。

(78) この区別の論理的根拠について、中澤務「ヒト胚研究の倫理的妥当性をめぐる哲学的考察」…坂井昭宏・松岡悦子編著『バイオエシックスの展望』東信堂、二〇〇四年、五九―六五頁参照。

(79) 不妊治療における「余剰卵」の現状については、鈴木良子「胚は誰のものか…人クローン規制法と生殖技術」『人クローン技術は許されるか』、一〇五―一二七頁参照。

(80) 中澤務、前掲論文、六六―六九頁参照。

(81) 鈴木良子、前掲論文、一二二頁。

(82) 『日本経済新聞』二〇〇四年四月二日付。

(83) 二〇〇〇年に修正されたヘルシンキ宣言は、一三条で「資金提供、スポンサー、研究関連組織」との関わりについて倫理審査委員会に報告すべきこと、一二三条条では被験者から取得すべきインフォームド・コンセントの内容に、「資金源、起り得る利害の衝突、研究者の関連組織との関わり」などを含めるべきことが規定されている。『資料集 生命倫理と法』太陽出版、二〇〇三年、二九頁参照。

(84) <http://www.mhlw.go.jp/topics/2003/07/p0730-2b.html> を参照。

(85) これについては、『毎日新聞』及び『朝日新聞』の二〇〇四年六月十三日付参照。

(86) 「医師主導の治験」を本格化させることの一般的な意義については、『朝日新聞』二〇〇三年七月二十三日付の科学面に掲載された記事「医師主導の「治験」始まる」を参照。この制度の整備のために法的に検討すべき事項については、<http://www.mhlw.go.jp/shingi/2002/09/s0904-3a.html> 参照。

(87) 身体の商品化について肯定的な立場に立つ法理論として、栗屋剛『人体部品ビジネス…「臓器」商品化時代の現実』講談社、一九九九年参照。